

NETTSELSKAPETS LEVERINGSPLIKT OVERFOR SLUTTBRUKER
PRISBEGRENSNINGER FOR LEVERINGSPLIKTIG KRAFT

Kandidatnr: 373
Veileder: ULF HAMMER
Leveringsfrist: 26.04.04

Til sammen 15 281 ord

27.04.2004

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	OPPGAVENS TEMA	1
1.2	SLUTTBRUKERMARKEDET	2
1.3	AKTUALITET	2
1.4	DEN VIDERE FRAMSTILLING	3
<u>2</u>	<u>ENERGILOVEN</u>	<u>4</u>
2.1	REGULERINGSKOMPETANSE	4
2.2	LEVERINGSPLIKT ETTER ENERGILOVEN	4
2.3	FORMÅL	6
2.4	OMSETNINGSKONSESJON	8
2.5	NØYTRAL OPPTREDEN	8
2.6	SKIFTE AV LEVERANDØR	10
2.7	SAMMENFATNING	11
<u>3</u>	<u>DIREKTIV 96/92/EF OG 2003/54/EF</u>	<u>12</u>
3.1	INNLEDNING	12
3.2	ELDIREKTIV I	12
3.2.1	FORSYNINGSPLIKT	13
3.2.2	SAMMENFATNING	13
3.3	ELDIREKTIV II	14
3.3.1	FORSYNINGSPLIKT INNEBÆRER RIMELIGE PRISER	14
3.3.2	KRAVET TIL RIMELIGE PRISER	15
3.3.2.1	Pris	15
3.3.2.2	Rimelig pris	16
3.3.2.3	Rimelig pris ved forsyningsplikt	18
3.3.2.4	Pris ved markedssvikt	19
3.3.2.5	Pris ved forsyningsplikt i Sverige	20
3.3.3	FORSYNINGSPLIKT OG FORSYNINGSPLIKTIG LEVERANDØR	20
3.3.3.1	Tolkning av direktivet	21
3.3.3.2	Myndighetenes vurdering	22

3.3.3.3	Rettstilstanden i Sverige	23
3.3.3.4	Rettstilstanden i Nederland	24
3.3.4	SAMMENFATNING	24
4	<u>EØS-AVTALENS ART. 54 OG NY KONKURRANSELOV § 11</u>	26
4.2	INNLEDNING	26
4.3	KONKURRANSELOVEN 1993 NR. 65 § 3-10	26
4.4	VIRKEOMRÅDET TIL EØS ART. 54 OG KONKURRANSELOVENS § 11	27
4.5	FORHOLDET MELLOM EØS ART. 54 OG KONKURRANSELOVEN § 11	28
4.6	AVGRENSNING AV DET RELEVANTE MARKED	30
4.6.1	RELEVANT PRODUKTMARKED	30
4.6.2	RELEVANT GEOGRAFISK MARKED	31
4.7	"UTILBØRLIG" UTNYTTELSE AV "DOMINERENDE STILLING"	32
4.7.1	"DOMINERENDE STILLING"	32
4.7.2	"UTILBØRLIG UTNYTTELSE"	33
4.7.3	EKSEMPEL HAFSLUND NETT	34
4.8	SAMHANDELSKRITERIET	34
4.8.1	KOMMISJONENS MEDDELELSE	35
4.8.2	EU-DOMSTOLENS PRAKSIS	36
4.8.3	SLUTTBRUKERMARKEDET	36
4.9	MERKBARHETSKRAVET	37
4.9.1	BAGATELLMEDDELELSEN	38
4.9.2	SMÅ OG MELLOMSTORE BEDRIFTER RAMMES IKKE	38
4.9.3	KRAVET KAN VARIERE	38
4.9.4	KVALITATIV AVGRENSNING	39
4.9.5	NORSKE NETTSELSKAPER	40
4.10	SAMMENFATNING	40
5	<u>PRISTILTAKSLOVEN § 2</u>	42
5.1	INNLEDNING	42
5.2	FORHOLDET TIL AVTALELOVEN § 3	43
5.3	AVTALEBASERT VEDERLAG	43
5.4	URIMELIGE PRISER	44
5.5	EKSEMPEL HAFSLUND NETT	44
5.6	UTTALELSE FRA KONKURRANSETILSYNET	46

5.7	SAMMENFATNING	47
<u>6</u>	<u>DE LEGE FERENDA</u>	<u>47</u>
<u>7</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>49</u>
<u>8</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>51</u>

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema

Lov 29. juni 1990 nr. 50 produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m. (energiloen) og forskrifter angir rammene for organiseringen av kraftforsyningen i Norge. Etter forarbeidene er formålet med reglene å sikre en samfunnsmessig rasjonell og sikker kraftforsyning og en utjevning av prisene for forbrukerne. For å nå disse målene opereres det med et grunnleggende skille mellom omsetning av elektrisk energi i et konkurransemarked og overføring av elektrisk energi i et naturlig monopol.

Omsetning av elektrisk energi er egnet til å reguleres gjennom et marked. Overføring av elektrisk energi seg ikke for en markedsregulering og er derfor organisert som naturlig monopol. Oppføring og drift av overføringsnett er så kapitalkrevende at det ikke vil være samfunnsøkonomisk lønnsomt med konkurrerende nett. Nettselskap er underlagt monopolkontroll som skal bidra til lavest mulig kostnad over tid for brukerne og en rimelig avkastning for nettselskapene dersom nettet drives, utvikles og bygges ut effektivt. Monopolkontrollens formål er å regulere de uheldige virkningene en monopolstilling kan føre til. Den stiller krav til organisering og vilkår for adgang til nettet, samtidig som nettvirksomhet er underlagt en omfattende inntektsregulering. Inntektsrammereguleringen¹ utarbeides av NVE. Reguleringen skal forhindre at selskapene tar ut ekstra overskudd på bakgrunn av monopolvirksomhet. En tilsvarende regulering finnes ikke for leveringer av kraft.

Slik sluttbrukermarkedet for kraft er organisert kan alle i utgangspunktet velge den kraftleverandøren de selv ønsker. Sluttbrukere uten kraftkontrakt vil få levert strøm av et nettselskap på distribusjonsnivå. Dette reguleres etter energilovens regler om

¹ NOU 2004:4 pkt 5.4.1.

leveringsplikt. På grunn av reglene om leverandørbytte oppstår det et midlertidig monopol for nettselskapene på slike leveringer. Det midlertidige monopolet oppstår fordi nettselskapene har leveringsplikt til alle sine nettkunder som ikke har en ekstern leverandør av kraft. Monopolet er en konsekvens av at et leverandørbytte tar 3-4 uker. Jeg skal i denne oppgaven se nærmere på den rettslige regulering av nettselskapets prispolitikk i den midlertidige monopolsituasjonen overfor sluttbruker, som blant annet oppstår ved kraftleverandørens konkurs. Spørsmålet er om det i norsk rett finnes begrensninger for å ta en høy ventetariff som følge av leveringsplikten etter energiloven § 3-3. Med ventetariff mener jeg prisen sluttbrukeren må betale nettselskapet for kraftleveringer som en følge av leveringsplikten.

1.2 Sluttbrukermarkedet

Kraftmarkedet kan deles inn i engrosmarkedet, regulerkraftmarkedet og sluttbrukermarkedet. Kraftprodusenter, leverandører, kraftkrevende industri og større enheter handler i engrosmarkedet. Handelen² foregår i det bilaterale markedet eller over markedene til Nord Pool³. Regulerkraftmarkedet skal sikre balanse mellom forskjellen på virkelig og planlagt utveksling av elektrisk energi. Sluttbrukermarkedet omfatter kunder som handler kraft til eget bruk. Sluttbrukermarkedet kan inndeles i kontraktskunder og standardkunder. Kontraktskunder er store kunder som fremforhandler egne avtaler, mens standardkunder handler på standardtariff. Store sluttbrukere kan derfor handle direkte i engrosmarkedet. Standardkundene velger fritt leverandør blant kraftomsetningsselskapene. Standardkundene kan velge blant ulike alternative leveringskontrakter. Vanligst er levering på standard variabel pris, men det kan også leveres strøm til markedspris basert på spotmarkedet eller til fastpris over tid.

1.3 Aktualitet

Kraftsituasjonen i Norge var høsten 2002 og vinteren 2003 preget av ekstremt lite tilsig til vannmagasinene. Sett i et historisk perspektiv har tilsiget ikke vært mindre siden 1931⁴. Fra juli til desember 2002⁵ var tilsiget i Norden totalt 34 TWh mindre enn

² NOU 2004:4 pkt 6.2.

³ Den nordiske elbørsen.

⁴ St. meld. nr. 18 (2003-2004) pkt 3.1.1.

⁵ Op. cit.

normalt, dette tilsvarer omtrent 9 % av forbruket i løpet av ett år. Dette fikk konsekvenser for både leverandører og sluttbrukere. Leverandørene Kraftkompaniet Vest AS og Articentel Energy AS gikk konkurs. Kraftkompaniet Vest sine 12.000⁶ kunder sto uten kraftkontrakt og ble på bakgrunn av leveringsplikten overført til sine lokale nettselskap. Av disse ble 6000 kunder overført til Hafslund Nett⁷.

1.4 Den videre framstilling

Jeg vurderer i kapittel 2 med utgangspunkt i energiloven og forskrift om produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi m.m av 17. juli 1990 (energilovforskriften) og sammen med forskrift om måling, avregning og samordnet opptreden ved kraftomsetning og fakturering av netjtjenester av 11. mars 1999 nr. 301 (avregningsforskriftene) om reglene gir begrensinger for en høy ventetariff.

Norge er etter EØS-avtalen forpliktet til å gjennomføre EUs kraftmarkedsdirektiv 96/92/EF (eldirektiv I). 1. juli 2004 avløser EUs kraftmarkedsdirektiv 2003/54/EF (eldirektiv II) eldirektiv I innenfor EU-området. Før eldirektiv II får virkning i norsk rett må det inntas i EØS-avtalen. Jeg forutsetter at eldirektiv II innlemmes i EØS-avtalen og at norske myndigheter gjennomfører direktivet i norsk rett. I kapittel 3 vurderer jeg om kravene i eldirektiv I, og om de eventuelle fremtidige kravene i eldirektiv II representerer begrensninger for en høy ventetariff.

Norske selskaper er etter EØS-avtalen art. 54 pålagt et forbud mot utnyttelse av dominerende stilling. EØS-konkurransereglene krever i tillegg merkbart brudd på samhandelen mellom EØS-landene og en merkbar påvirkning på konkurransen. Stortinget vedtok 5. mars 2004 ny norsk konkurranselov. Den nye konkurranseloven § 11 er en kopi av EØS-avtalen art. 54 og skal tolkes i tråd med EØS-konkurransereglene. I kapittel 4 vurderes om EØS art. 54 og den nye konkurranseloven § 11 kan være en begrensning for en høy ventetariff.

⁶ Montel powernews 12.12.2002.

⁷ Selskapet het Viken Nett inntil 20. april 2004.

Tilslutt behandler jeg pristiltaksloven § 2 som gir et forbud mot urimelige priser. Pristiltaksloven § 2 virker generelt og i kapittel 5 vurderes om en høy ventetariff kan begrenses av denne reglen.

2 Energiloven

2.1 Reguleringskompetanse

Etter enl § 7-6 har Olje- og energidepartementet (OED) kompetanse til å gi forskrifter til gjennomføring og utfylling av energiloven. Slik forskrift er gitt ved energilovforskriften (enfr) av 07.12.1990 nr. 959. Etter enfr § 7-1 har OED delegert forskriftskompetanse videre til Norges vassdrag og energidirektorat (NVE) ved delegasjonsvedtak av 14.12.2001 nr. 1455. NVE har blant annet gitt avregningsforskriftene av 03.11.1999 nr. 301. Det betyr at reglene for en stor del er regulert i forskrifter. Resultatet av denne reguleringsteknikken er at reglene finnes på tre ulike nivåer.

2.2 Leveringsplikt etter energiloven

Enl § 3-3 bestemmer at *"[d]en som gis områdekonsesjon etter § 3-2 skal levere elektrisk energi til abonnentene innenfor det geografiske området konsesjonen gjelder for."* Hvem som kan få områdekonsesjon reguleres i enl § 3-2 jfr enfr § 3-3. I enl § 3-2

heter det at ”[i]nnen et område kan konsesjon gis for bygging og drift av anlegg for fordeling av elektrisk energi med spenning opp til et nivå som fastsettes av departementet.” Dette presiseres nærmere i enfr § 3-3 hvor det angis at ”områdekonsesjon gis for bygging og drift av fordelingsanlegg med nominell spenning opp til og med 22 KV”. Dette omfatter anlegg på distribusjonsnivå, det betyr at det er de lokale nettselskapene som har leveringsplikt.

Som områdekonsesjonær skal netteier altså ”levere elektrisk energi til abonnentene” i konsesjonsområdet jfr enl § 3-3. Før leveringsplikten, og den nye energiloven, eksisterte det en oppdekningsplikt. Fordelingsverkene hadde da monopol på kraftlevering til sluttbruker mot et pålegg om å dekke sluttbrukers kraftbehov. Etter reglene om leveringsplikt er det kun sluttbruker som har rett til å få levert kraft fra netteier, mens netteier ikke har en tilsvarende leveringsrett overfor sluttbruker.

Departementet har definert hva de legger i leveringsplikten⁸. Plikten består i følge OED av en tilknytningsplikt, en plikt til å sørge for god leveringssikkerhet og en avregnings- og faktureringsplikt.

Tilknytningsplikten innebærer at netteieren knytter sluttbrukeren til nettet. På denne måten sikres sluttbrukeren adgang til fysiske kraftleveranser. Slik adgang er en forutsetning for deltagelsen i kraftmarkedet. Leveringsplikten er likevel ikke absolutt. Etter enl § 3-3 2. ledd kan departementet i særlige tilfelle dispensere fra tilknytningsplikten.

Sentralt ivaretas leveringskvaliteten⁹ og leveringssikkerheten¹⁰ av systemansvarsforskriften og rasjoneringsforskriftene. Utenfor dette ansvaret faller imidlertid leveringskvaliteten og leveringssikkerheten på lokalt nivå, dette omfattes av den lokale netteieren jfr områdekonsesjonærens leveringsplikt¹¹.

⁸ Departementets brev av 12. august 1993 til NVE og Ulf Hammer, Vassdrag og Energirett 2002, Kraftmarked. og Nettmonopol pkt 4.5.3.

⁹ Hammer Ulf, Vassdrag og Energirett 2002, Kraftmarked og Nettmonopol pkt 4.5.3.

¹⁰ Op. cit.

¹¹ Op. cit.

Avregnings- og faktureringsplikten får betydning for de som står uten kraftkontrakt. Uavhengig av hvilken grunn kan sluttbruker alltid henvende seg mot netteier for kraftleveringer. Reglen om avregnings- og faktureringsplikt må utøves i overensstemmelse med avregningsforskriftene. I avfr § 2-1 reguleres ”[o]ppstart av kraftleveranse ved etablering av nye anlegg, flytting og lignende”. I kommentaren¹² til bestemmelsen angir NVE flere typiske tilfeller der sluttbruker står uten kraftleverandør. Det kan enten være sluttbrukere som har flyttet og ikke valgt ny kraftleverandør, og som ikke har med seg kontrakt fra det gamle målepunktet. Eller det kan være tilfeller der kraftleverandøren har sagt opp leveringsavtalen på grunn av mislighold, eventuelt at kraftleverandøren er gått konkurs eller er blitt suspendert fra de organiserte markeder for handel med kraft. På denne måten fungerer leveringsplikten også som et sikkerhetsnett for sluttbrukeren.

NVE har gitt tarifforskriftene og avregningsforskriftene til utfylling og supplering av energilovforskriften. Prisen på netjtjenester er utførlig regulert i tarifforskriftene¹³. Utgangspunktet er at netjtjenester er organisert i et naturlig monopol og det er derfor NVE som setter inntektsrammene. Når det gjelder prisen på ventetariffen er det ikke tilsvarende reguleringer. Etter energireformen settes prisen på kraft omsatt i markedet.

Det er i forarbeidene¹⁴ til energiloven lagt til grunn at nettselskapene ikke skulle være forpliktet til levere kraften på like vilkår som den tidligere leverandøren. Det ble likevel forutsatt at kraft på leveringsplikt skal leveres til vanlige kommersielle vilkår. Dette gir imidlertid få holdepunkter til hva prisen skal være.

2.3 Formål

I energilovens formål heter det at: ”Loven skal sikre at produksjon, omforming, overføring, omsetning, fordeling og bruk av energi foregår på en samfunnsmessig rasjonell måte, herunder skal det tas hensyn til allmenne og private interesser som blir berørt.” Sentralt i energilovens formålsbestemmelse er hensynene til en

¹² Forslag om endringer i forskrift om måling, avregning m.v. NVE 2001 s. 13.

¹³ Forskrift om økonomisk og teknisk rapportering, inntektsramme for nettvirksomheten og overføringstariffer. Fastsatt av NVE 11. mars 1999.

¹⁴ Ot. prp. nr. 43 (1989-1990) s. 62 pkt 5.3.

”samfunnsmessig rasjonell” utnyttelse av ressursene og hensynet til *”allmenne og private interesser”*. Ved lovendringen 1.1.2002 uttalte¹⁵ departementet at disse formuleringene etter deres syn sikrer en balansert avveining mellom eksisterende og nye hensyn. Formuleringene ble derfor opprettholdt uten endringer foruten at bruk av energi også ble omfattet av ordlyden.

Formålet¹⁶ bygger på at loven skal sikre en effektiv ressursbruk. Målet var bedre økonomiske resultater og miljømessige gevinster, enn i det gamle systemet. Det tidligere systemet bidro blant annet til svært høye utbyggingskostnader, siden kostnadene som følge av monopol med oppdekningsplikt¹⁷ kunne veltes over på sluttkundene. Oppdekningsplikten besto av å knytte sluttbrukerne til nettet, samt å forsyne dem med elektrisitet etter behov. Det førte både til økonomisk¹⁸ og fysisk sløsing ved overinvesteringer og et for stort forbruk. Kraftmarkedet skal baseres på tilbud og etterspørsel, og skal sikres en samfunnsmessig økonomisk riktig tilpassing. Her skal prisen være et resultat av samspillet mellom tilbud og etterspørsel. Energiøkonomisering¹⁹ er også en viktig målsetting. Nettjenester er organisert i naturlige monopol, her er det inntektsrammene fra NVE som gir nettselskapene et incentiv til en effektiv drift.

Allmenne²⁰ interesser inkluderer både grunneierinteresser og forbrukerinteresser, både av økonomisk og ikke- økonomiske art. Ivaretagelse av forbrukerinteresser er spesielt nevnt i forarbeidene²¹. Forbrukerinteressene må anses som en del av en rasjonell samfunnsmessig utnyttelse. Dersom et marked fungerer som det skal vil dette gi forbrukerne de riktige og rimeligste prisene. Når det gjelder nettjenester er forbrukerhensynet ivaretatt ved at prisene er regulert i tarifforskriftene. Dette er annerledes i kraftmarkedet. Oppstår det derimot uvirksom konkurranse i kraftmarkedet er det antatt at nettselskapets leveringsplikt²² overfor sluttbruker vil kunne sees på som et forbrukervern.

¹⁵ Ot. prp. nr. 56 (2000-2001) s. 13.

¹⁶ Ot. prp. nr. 43 (1989-1990) s. 16, s. 19, s. 83.

¹⁷ Op. Cit s. 15 pkt 1.2.

¹⁸ Se Hammer, Tilrettelegging av kraftmarkedet 1999, s. 57.

¹⁹ Ot. prp. nr. 43 (1989-1990) s. 63 pkt 5.4.

²⁰ Ot. prp. nr. 56 (2000-2001) s. 13. Se Hammer, Vassdrag og energirett 2002 s. 659.

²¹ Ot. prp. nr. 43 (1989-1990) s. 83.

²² Hammer, Tilrettelegging av kraftmarkedet s. 376.

Enl § 1-2 må tolkes i lys av enfr § 1-2 og enfr § 4-1. Enfr § 1-2 er identisk med enl § 1-2 og gir derfor ingen ytterligere presiseringer. Formålet med omsetningskonsesjon utdypes nærmere i avsnittet nedenfor.

2.4 Omsetningskonsesjon

Det heter i enl § 4-1 1. ledd at *”[u]ten konsesjon kan ingen andre enn staten stå for omsetning av elektrisk energi.”* NVE har fått delegert²³ myndighet til å gi omsetningskonsesjon.

Etter ordlyden er det kun kraftmarkedet som reguleres av bestemmelsen. Går vi til enfr § 4-1 og 4-2 angis formålet og et videre virkeområde. Etter denne bestemmelsen skal samfunnsmessig rasjonell kraftomsetning sikres gjennom å legge til rette for et *”effektivt kraftmarked og en effektiv drift, utvikling og drift av elektrisitetsnettet”*. Formålsbestemmelsen retter seg her både mot kraftmarkedet og nettmonopolet. Etter enfr § 4-2 omfatter konsesjonsordningen alle former for leveranse av elektrisk energi. Etter enfr § 4 - 2 2. ledd gjelder det både enheter som omsetter elektrisk energi og de som er i en eller annen form for monopolsituasjon. Formålet omfatter dermed også leveringsplikten. Det må likevel skilles mellom finansiell²⁴ og fysisk krafthandel, og det er kun den fysiske krafthandelen som krever omsetningskonsesjon etter energiloven. Både omsetningsselskaper og produsenter omfattes av konsesjonsordningen. Rene meglere omfattes derimot ikke. Det er kun de som kjøper og selger kraft for egen regning og risiko som trenger slik konsesjon. Når det gjelder monopolsituasjoner vil det typisk omfatte de som driver nettjenester, både alminnelige nettjenester og nettselskaper som utøver sin leveringsplikt.

2.5 Nøytral opptreden

Enl § 4-1 2. ledd nr. 3 angir sammen med enfr § 4-4 e)²⁵ at det kan settes vilkår om *”nøytral opptreden”* fra netteieren. I avfr § 7-1 1. ledd²⁶ angis ytterligere et krav til en

²³ Brev til NVE 14. desember 2001.

²⁴ Hammer, Vassdrag og Energirett 2002 s. 673.

²⁵ Enfr § 4-4 e) er gitt med hjemmel i enl § 7-6.

²⁶ Avfr § 7-1 f) er gitt med hjemmel i enfr § 7-1 e).

nøytral opptreden fra netteieren i *"enhver sammenheng"* både overfor kraftleverandører og sluttbrukere. I avfr § 7 – 1 1. ledd f) gjelder dette særskilt ved avregnings- og faktureringsplikten.

Etter forarbeidene²⁷ til enl § 4-1 er kravet til nøytral opptreden nødvendig for å skape et *"klart skille mellom konkurranseutsatt virksomhet og monopolvirksomhet innen elektrisitetsforsyningen for å sikre en reell og rettferdig konkurranse på kraftmarkedet"*. Det ble derfor lagt vekt på *"avstand mellom produksjon og overføring slik at netteieren ikke skulle utnytte sin posisjon overfor kjøpere av kraft"*. Det heter videre at problemstillingen har vist seg like aktuell ikke bare overfor nettselskaper med egenproduksjon, men også overfor de med en egen omsetningsdel. Det vises i denne sammenheng til forarbeidene²⁸ der det understrekes at en sentral avveining i mange tilfeller vil være forholdet mellom *"hensynet til nettet og systemet på den ene side, og hensynet til en effektiv kraftomsetning og aktørenes markedsadgang på den andre"*.

Enfr § 4-4 e) gir ingen bidrag til en ytterligere forståelse bortsett fra at det etter enfr § 4-4 e) 2. pkt kan *"gis ytterligere bestemmelser for å sikre en nøytral opptreden"*. I avfr § 7-1 1. ledd og 1. ledd bokstav e) har NVE som nevnt gitt slike regler. Etter avfr § 7-1 1. ledd heter det at: *"[n]ettselskapet skal i enhver sammenheng opptre nøytralt overfor kraftleverandører og sluttbrukere"*. Avfr § 7-1 1. ledd bokstav a) til f) angir flere slike typetilfeller. I NVEs kommentarer²⁹ til bestemmelsen fremkommer det at de angitte typetilfellene på ingen måte er ment å være uttømmende. Det vises til formuleringen *"enhver sammenheng"* som et selvstendig vilkår.

Et typetilfelle er det aktuelt å trekke frem. Etter avfr § 7-1 1. ledd bokstav f) gjelder nøytralitetsprinsippet ved avregnings- og faktureringsplikten. Dette er som vist ovenfor en del av nettselskapets leveringsplikt. Gjennom nøytralitetsprinsippet³⁰ følger det at nettselskapet både står som ansvarlig kraftleverandør og fordringshaver overfor sluttbruker. Det betyr at nettselskapet selv skal stå for kommunikasjon og faktureringen mot sluttbrukerne. Det vil dermed være et brudd på bestemmelsen hvis nettselskapet

²⁷ Ot. prp. nr. 56 (2000-2001) s. 27 pkt 3.4.3.2 og Ot. prp. nr. 43 (1989-90).

²⁸ Ot. prp. nr. 56 (2000-2001) s. 56 (merknad til § 4-1).

²⁹ Forslag om endringer i forskrift om måling, avregning m.v. 2001 s. 19.

³⁰ Op. cit s. 21.

setter sluttbrukerne over til sin egen omsetningsvirksomhet, eller til en annen kraftleverandør. Nettselskapet kan likevel sette bort innkjøp av kraft til en annen aktør, bare det er nettselskapet selv som har den direkte kontakten med kunden, f.eks gjennom fakturering. Slike kraftinnkjøp anses som bakenforliggende transaksjoner jfr NVEs kommentar og angår derfor ikke forholdet mellom nettselskap og sluttbruker.

2.6 Skifte av leverandør

Skifte av leverandør er regulert i avregningsforskriftene kapittel 2. Retten til å skifte leverandør skal sikre sluttbrukere og kraftleverandører adgang til sluttbrukermarkedet. Selve hjemmelen til leverandørskifte er avfr § 2-2 1. ledd der det heter at *”sluttbruker har rett til å bytte kraftleverandør”*. Reglene om leverandørskifte koordinerer forholdet mellom nettselskapet, den gamle og den nye kraftleverandøren.

Før et leverandørskifte må det etter avfr § 2-2 2. ledd foreligge en skriftlig kraftleveringskontrakt mellom sluttbrukeren og den nye kraftleverandøren, før melding om skiftet kan sendes til nettselskapet. Meldingen om leverandørskiftet skal være mottatt senest mandag 3 uker før det gjennomføres jfr avfr § 2-4 2. ledd. Det er den nye kraftleverandøren som sender meldingen til nettselskapet jfr avfr § 2-4 1. ledd. Leveringstart vil etter avfr § 2-2 2. ledd 1. pkt uansett alltid settes til en mandag. Nettselskapet plikter først å gjennomføre bytte når meldingen om leverandørskiftet er mottatt jfr avfr § 2-2 4. ledd. Etter avfr § 2-5 og avfr § 2-6 skal nettselskapet senest en uke før leverandørskifte sende melding om skifte til den nye og den gamle leverandøren. Selve leverandørskifte er gebyrfritt jfr avfr § 7-3. Bakgrunnen for dette er å sikre lik markedsadgang for alle ved at det alltid skal være kostnadsfritt å finne en rimeligere leverandør.

Resultatet av disse reglene er at et leverandørskifte tar minimum 3-4 uker. I situasjoner hvor det er nettselskapet som overtar kraftleveransen, f. eks etter mislighold fra en ekstern leverandør, får selskapet monopol på kraftleveringene til sluttbruker for en periode.

Avfr § 7-1 1. ledd b) og avfr § 7-1 3. ledd regulerer nettselskapets nøytralitets- og informasjonsplikt ved håndteringen av leverandørbytte. Etter kommentarene³¹ til avfr § 7-3 b) er nettselskapet pliktig til å gjennomføre ethvert korrekt innmeldt leverandørskifte. For eksempel bryter nettselskapet bestemmelsen dersom selskapet bruker sine datasystemer til å sjekke om sluttbrukeren er kunde hos deres omsetningsselskap. Siden nettselskapet ikke er part i denne kontrakten vil det være et brudd på nøytralitetsbestemmelsene.

2.7 Sammenfatning

Ordlyden i enl § 3-3 inneholder ingen holdepunkter for begrensninger i prisen for leveringspliktig kraft. Det er også tvilsomt om uttalelsene i forarbeidene direkte har hatt pliktleveringene i tankene. Leveringspliktige kraftleveranser kan ikke sies å være en del av det alminnelige markedsbildet, og er ment som et sikkerhetsnett slik at sluttbrukere uten kraftkontrakt skal bli forsynt med strøm. Leveringsplikten er pålagt nettselskapene som en konsesjonsforpliktelse og anses som en beskyttelse for sluttbrukeren. Likevel gis det ikke konkrete holdepunkter for å innfortolke en prisbegrensning i bestemmelsen. Nøytralitetsprinsippet etter avfr § 7-1 1. ledd og avfr § 7-1 1. ledd bokstav f) kan heller ikke gi grunnlag for å innfortolke en konkret prisbegrensning i enl § 3-3. Regelene i avfr § 2-2 flg. er rent prosessuelle. De knytter seg kun til det tekniske rundt selve leverandørskiftet. Et skifte fra en ekstern leverandør til et nettselskap vil være kostnadsfritt. Slik sett er ventetariffen ikke knyttet til selve skiftet av leverandøren.

³¹ Forslag om endringer i forskrift om måling, avregning m.v. 2001 s. 20.

3 Direktiv 96/92/EF og 2003/54/EF

3.1 Innledning

EU gjennomfører en trestegs prosess frem mot et europeisk marked for handel med elektrisitet. Direktiv 96/92/EF (eldirektiv I) og 2003/54/EF (eldirektiv II) er steg nummer en og to i denne prosessen. Eldirektiv II er det andre av tre direktiver som har til hensikt å samordne EU- landenes regler for å skape et velfungerende europeisk kraftmarked. Jeg drøfter først eldirektiv I. Deretter drøftes og vurderes de nye reglene i eldirektiv II. Eldirektiv II trer i kraft fra 1. juli 2004 og får først virkning overfor EU-medlemsstatene fra dette tidspunktet.

3.2 Eldirektiv I

Etter EØS-loven av 27. nov 1992 (EØS-loven) § 1 gjelder hoveddelen av EØS-avtalen som norsk lov. EØS-avtalen utvider EUs indre marked. Energi omfattes av EØS-avtalen art 24 vedlegg IV. EØS-komiteens beslutning av 26. november 1999 innlemmer eldirektiv I i EØS avtalens vedlegg IV. Det er overlatt til norske myndigheter å bestemme formen på gjennomføringen av EUs direktiver i norsk rett jf EØS art. 7 b). Dette kraftmarkedsdirektivet førte ikke til noen endringer i energilovgivningen. Myndighetene vurderte det slik at direktivet var i overensstemmelse med norske regler på området.

Etter direktivets art. 1 fastsettes "[...] *fælles regler for produktion, transmission og distribution av elektrisitet.*". Art. 2 pkt 1) definerer "*produktion*" som kraftproduksjon. "*Transmission*" er definert som strømovertføringer i høyspentnett til "*kunder*" eller "*distributionselskaber*" jfr art. 2 pkt 5). "*Distribution*" regnes som strømovertføringer i lav- og mellomspenning til "*kunder*" etter art. 2 pkt 6). "*Distributionselskaber*" vil etter dette være lokale- og regionale nettselskaper. "*Kunder*" er i art. 2 pkt 7) definert som grossister, "*endelige kunder*" og lokale- og regionale nettselskaper. Endelig er

"endelige kunder" definert som kjøpere av strøm til eget forbruk jfr art. 2 pkt 9). Spørsmålet er om eldirektiv I innebærer en bergensing for fastsettelse av for høy pris på ventetariff.

3.2.1 Forsyningsplikt

Etter artikkel 10 nr. 1 *"kan"* medlemsstatene pålegge *"distributionsselskaper"* en *"plikt"* til å *"forsyne kunder"* innenfor et bestemt område. I art. 2 pkt 16) defineres *"forsyne"* som levering og salg av strøm til *"kunder"*. Tariffen for slike leveringen *"kan"* være underlagt bestemmelser for eksempel for å sikre likebehandling av de berørte sluttbrukerne. Art. 10 pkt 1 regulerer en mulighet for medlemsstatene til å pålegge lokale- og regionale nettselskaper en plikt til å levere og/eller selge strøm. Plikten skal være overfor *"kunder"* som i denne sammenheng inkluderer både grossister og sluttbrukere.

Leverings- og salgsplikten skal utøves innenfor et bestemt område. I art. 10 pkt 1 2. punktum gir direktivet anvisning på at prisen på den leverte kraften kan reguleres. Dette skal kunne skje for å sikre lik behandling av kundene. Direktivets bestemmelser utdypes nærmere i fortalens pkt. 3 der det heter følgende: *"dette direktiv bør ikke innskrenke anvendelsen af traktaten, særlig bestemmelserne om det indre marked og konkurrencereglerne"*. Dette utdypes også i pkt. 37 hvor det heter at *"ethvert misbrug af dominerende stilling og enhver form for aggressiv adfærd bør undgås"*. Dette synes å innebære at direktivet ikke er ment å innskrenke virkeområdet for EØS-avtalens konkurranseregler.

3.2.2 Sammenfatning

Etter art. 10 nr. 1 åpnes det for at myndighetene kan pålegge nettselskapet en forsyningsplikt overfor alle sluttbrukere. Det åpnes for at tariffen for slike leveringer skal kunne reguleres for å sikre lik pris overfor alle kunder. Ordlyden i art. 10 nr. 1 regulerer ikke hvilket prisnivå elektrisk kraft som følge av forsyningsplikten skal eller kan selges til, bare at de alminnelige konkurransereglene gjelder. Direktivet representerer derfor ingen begrensinger for en høy ventetariff.

3.3 Eldirektiv II

Eldirektiv II omhandler felles regler for det indre marked for elektrisitet og opphevelse av eldirektiv I. Det nye direktivet ble vedtatt av Europaparlamentet og Rådet 26. juni 2003 og opphever og avløser det någjeldene eldirektiv I fra 1. juli 2004. EUs direktiver er fellekapsrett og kan først få betydning for norsk rett etter innlemmelse i EØS-avtalen. Deretter er det overlatt til norske myndigheter å bestemme gjennomføringen i norsk rett jfr EØS art. 7 b). Den videre drøftelsen forutsetter at eldirektiv II innlemmes i EØS-avtalen og gjennomføres i norsk rett, slik at de får betydning for reguleringen av det norske kraftmarkedet. Eldirektiv II fastsetter etter art. 1 felles regler for *"produktion, transmission, distribution og forsyning"* av elektrisitet. Bestemmelsene regulerer både hvordan energisektoren skal organiseres og hvordan sektoren skal fungere. Dette gjelder i forhold til markedstilgang, prosedyrer for tilbud og bevilninger og i forhold til hvordan systemene skal drives. I kapittel II finnes generelle regler for organiseringen av elektrisitetssektoren. Spørsmålet er om eldirektiv II setter grenser for en høy pris på ventetariff overfor sluttbrukerne. Dette må sees på bakgrunn av den organiseringen direktivet legger opp når det gjelder forsyningsplikten. Jeg berører dermed også om direktivets krav til organisering kan forenes med enl § 3 – 3 regulering av leveringsplikten.

3.3.1 Forsyningsplikt innebærer rimelige priser

Medlemsstatenes plikt til å organisere en *"forsyningsplikt"* reguleres i art. 3 nr. 3. *"Forsyning"* er etter direktivet definert som salg eller videresalg av strøm jfr art. 2 pkt 19. Dette gjelder for alle *"privatkunder"*. Dersom statene ser det som hensiktsmessig omfattes også små virksomheter. Dette vil være virksomheter med under 50 ansatte og som har under 10 mill EUR i omsetning. *"Privatkunder"* er definert som husholdningskunder etter art. 2 pkt 10. Disse to gruppene skal ha rett til å få *"leveret"* strøm av en bestemt kvalitet og til *"rimelige"*, sammenlignbare og nøytrale priser innenfor deres område jfr art. 3 pkt 3 komma. Etter art. 3 nr. 3, 2. pkt heter det at medlemsstatene *"kan"* sikre forsyningsplikt med *"henblikk på at utpege en forsyningspliktig leverandør"*.

3.3.2 Kravet til rimelige priser

Kommisjonen har uttalt at dette stiller krav til prisene på sluttbrukermarkedet også når det gjelder forsyningsplikt. Det heter blant annet i kommisjonens strategidokument³² at i motsetning til hva som er en utbredt oppfatning *”tager det indre energimarked ikke kun sigte på en systematisk nedbringelse af forbrugerpriserne, men på at få etableret en retfærdig pris under overholdelse af forsyningspligten”*.

3.3.2.1 Pris

Et spørsmål er hva som skal omfattes av ”pris”. Formuleringen kan etter ordlyden omfatte både kraftprisen og prisen på netjtjenester, eventuelt begge deler.

Art 3 (3) omhandler forsyningsplikten som innebærer en rett til å få *”leveret elektrisitet”* til rimelige *”priser”*. Forsyning defineres i art. 2 som *”salg, herunder videresalg, af elektrisitet til kunder”*. Dette taler for kravet om rimelig pris relaterer seg til prisen på kraft.

Direktivet omtaler i andre sammenhenger *”tariffer”*. Blant annet i art 3 (3) 3. punktum heter det at medlemsstatene skal pålegge *”distributionsselskaberne”* en forpliktelse til at tilslutte kundene til nettet i henhold til vilkår, betingelser og *”tariffer”*. I art 23 stk 2 fastlegges at metoden for en prosedyre bak beregning av *”transmissions- og distributionstariffer”* skal de regulerende myndigheter ha ansvaret for. *”Transmission”* og *”distribution”* defineres i art 2, 3) og 5) som transport av elektrisitet, henholdsvis med ulik spenning. Når det i denne sammenheng er snakk om tariffer henvises det til prisen på netjtjenester og ikke til prisen på kraft. Pris må derfor være en referanse til kraftprisen.

På samme måte omhandles begrepene i art 28 pkt 3 om rapportering av fremskrittene frem mot det indre marked for elektrisitet. Her skilles det igjen mellom priser og tariffer. Det skal etter bestemmelsen rapporteres i hvilken utstrekning kundene reelt skifter leverandør eller reforhandler *”tariffer”*. Etter punktet nedenfor skal det

rapporteres om prisutviklingen, herunder *"forsyningsprisene"*, i forhold til graden av markedsåpning.

Skille mellom pris og tariff er videre helt klart i vedlegg A punkt c). Her skal det sikres at kundene mottar *"gennemsigtige opplysninger om gjeldene priser og tariffer"*. Kun i fortalen omtales priser i relasjon til nettvirksomhet. Det heter at det er en forutsetning for velfungerende konkurranse at det er ikke-diskriminerende adgang til nettene til *"rimelige priser"*.

Likevel vil det av hensyn til sluttbrukerens være mest hensiktsmessig at prisen inkluderer både prisen på kraft og på netttjenester. Det er den totale prisen som er interessant for sluttkundene. Dette er også lagt til grunn både av departementet³³ og utvalget til ny forbrukerkjøpslov for strøm.

3.3.2.2 Rimelig pris

Det heter som nevnt i art. 3 nr. 3 at husholdningskunder har krav på elektrisitet til *"rimelige"* priser. I fortalen pkt 24 gis det ingen ytterligere veiledning. Kravet til rimelige priser må sees på bakgrunn av art. 3 nr. 1 hvor det står at energiselskapene skal drives etter direktivets prinsipper med henblikk på *"at etablere et konkurrencebasert"*, sikkert og miljømessig bæredyktig energimarked. Dette utdypes i fortalens pkt 21 der det heter at målsettingen er at markedet gradvis skal utvides til *"full konkurranse"*. Men det skal etter art. 3 nr. 1 også tas hensyn til såkalte offentlige service forpliktelser som kan få konsekvenser for prisen.

Det er etter dette naturlig å tro at der det ikke foreligger offentlige serviceforpliktelser sikres forbrukerne rimelig pris gjennom et effektivt energimarked. Dette inntrykket styrkes ved at nettselskapene er forpliktet til å tilknytte sluttbrukerne til nettet etter vilkårene i art. 23 nr. 2. På denne måten skapes det et kraftmarked som gir sluttbrukere og kraftleverandører mulighet til å inngå kraftleveringskontrakter.

³² COM/2002/0321 final.

³³ NOU 2004:4 Vedlegg 1 pkt 3.1.1 og pkt 10.3.3.

OED³⁴ legger til grunn at kravet til rimelige, klart sammenligbare og transparente priser er oppfylt gjennom en markedsbasert kraftomsetning og foreliggende reguleringer av kraftsektoren gjennom konkurranseloven og energiloven.

I forbrukerkjøpslovutvalget³⁵ har det vært uenighet vedrørende kravet til ”rimelig pris” etter eldirektiv II. Det er enighet om at utvalgets mandat³⁶ omfatter deler av direktivet. Flertallet har lagt til grunn vurderingene i OEDs foreløpige tolkning av direktivet og vurderingene gjort av det svenske utvalget i SOU 2003:113. Mindretallet³⁷ representert ved forbrukerrådet la til grunn et utgangspunkt der kravet til rimelig pris omfatter alle elementer av betalingen for strøm. Dette inkluderer anleggsbidrag, tilknytningsavgift, nettleie og kraftpris. Forbrukerrådet er uenig med OED i at virksom konkurranse fører til rimelige priser for forbrukerne selv om det medfører en effektiv ressursbruk.

I Sverige anså de det ikke nødvendig å lovregulere en rett for sluttbrukere til rimelige priser på elektrisitet. I SOU 2003:113, som er den svenske utredningen i forkant av implementeringen av 2003/54/EF, begrunnes dette med at et fungerende kraftmarked sikrer forbrukerne en rimelig pris. Det heter på side 93:

”Vad avser leveransen av el finns ingen skyldighet för elleverantörerna att tillse at hushållskunder får ett skäligt pris sedan reglerna om leveranskoncession upphört at gälla den 1 november 1999. I gengäld kan alla svenska hushållskunder kostnadsfritt byta elleverantör eftersom kravet på timvis mätning är avskaffat för de kunder som har et säkringsabonnement om högst 200 ampere eller tar ut en effekt om högst 135 kilowatt. När schablongberäkningsreformen infördes gjorde vidare bedömningen att den ökoade konkurrensen på marknaden skulle komma ut oskälige priser av konsumenterna. Möjligheten att byta elleverantör får därmed anses medföra at de svenska konsumenterna kan få elleveranser til rimliga priser.” (min understrekning)

Det svenske utvalget³⁸ la som vist ovenfor til grunn at direktivets krav til rimelige priser var oppfylt i svensk rett. De svenske reglene gir som de norske sluttbrukerne rett til

³⁴ NOU 2004:4 Vedlegg 1. Notat fra Olje- og energidepartementet om direktiv 2003/54/EF pkt 3.1.1.2.

³⁵ NOU 2004:4 pkt 10.3.3.

³⁶ Op. cit og Olje- og energidepartementets brev til arbeidsgruppa 9. januar 2004.

³⁷ Op. cit pkt 10.3.3.

³⁸ SOU 2003:113 s. 93.

kostnadsfritt bytte av leverandør. Vurderingen baserte seg på at den økende konkurransen i kraftmarkedet var en tilstrekkelig garanti for at leverandørene ikke kunne kreve urimelige priser. Muligheten til leverandørskifte ble dermed ansett å medføre at forbrukerne fikk kraft til rimelige priser.

3.3.2.3 Rimelig pris ved forsyningsplikt

I et av kommisjonens strategidokument³⁹ heter det at :”*[i]n order to ensure universal service at a reasonable cost, as required by the Directive, it is expected that Member States will have some form of default supplier arrangements in the case that their chosen retail supplier withdraws from the market for whatever reason. Regulators may also wish to retain some control on the prices charged to some domestic customers by the default supplier, even after full market opening. This may imply costs on such suppliers for which they will need to be compensated. Such end-user price controls should complement and not impede the development of retail competition, for example by not being set so low as to remove all scope for competition. In the longer term it is expected that such controls will be removed, especially for non household customers.*” (mine understrekninger). ”Default supplier arrangements” skal sikre sluttbrukere uten kraftleveringskontrakt leveranser med elektrisitet. Kommisjonen forutsetter likevel at en forsyningsplikt vil kunne medføre ekstra utgifter og at disse må det kompenseres for. Det betyr at prisen for slike leveringer kan bli høyere enn i markedet ellers. For ikke å ødelegge konkurransen spesifiseres det at kraftprisen i slike tilfelle ikke skal settes lavere enn markedet.

I det samme dokumentet heter det at : ”*[c]onsumers also need to be confident of the duties of market participants relating to balancing and the obligation of the TSOs to ensure overall balance. Final customers should not be liable for penal charges for the purchase of balancing energy in the event that their supplier goes bankrupt or withdraws from the market.*”. (min understrekning). Sluttkundene skal altså ikke kunne belastes ekstra utgifter som påløper for å balansere markedet etter en konkurs eller etter at et selskap trekker seg ut av markedet. Slike kostnader kan dermed ikke inkluderes i forsyningspliktige kraftleveringer.

³⁹ Strategy paper medium term vision for the internal electricity market kapittel 8.

I kapittelet⁴⁰ ”summary and conclusions” under overskriften ”Considerations on the supplier of last resort” heter det at ”[w]ith regard to the tariffs applicable to this supplier, prices should be reflective of the full cost of supply or otherwise allow for compensation for the extra costs.” Kommisjonen legger understreker igjen at prisen på disse leveringene skal dekke alle kostnadene ved forsyningen. Det nevnes ikke at prisen skal senkes, men det kan eventuelt tillates tiltak som kompenserer for slike kostnader.

I art. 3 nr. 5 heter det at medlemstatene skal treffe ”passende foranstaltninger til at beskytte de endelige kunder og sikrer især, at der er passende sikkerhedsforanstaltninger, der beskytter sårbare kunder, herunder foranstaltninger for at hjelpe dem med at unngå afbrydelser af energiforsyningen”. Medlemsstatene skal også sikre ”et højt forbrukerbeskyttelse niveau...” (min understrekning).

Etter dette synes direktivet å innebære forbud mot at leveringspliktige leveranser prises høyere enn markedspris, med mindre leveringsplikten medfører ekstra kostnader som ikke dekkes av denne. I slike tilfelle kan prisen settes høyere enn markedsnivået ellers.

3.3.2.4 Pris ved markedssvikt

Kommisjonen har skissert to mulige løsninger dersom markedet slutter å fungere. Et spørsmål er om en kollaps i markedet kan føre til at kraftprisen for husholdninger blir lavere enn markedsprisen. Den første muligheten er utbygging av mer produksjon. En annen mulighet er å sette et pristak overfor husholdninger. Det siste bør likevel ikke skje uten grundige overveielser. Kommisjonen⁴¹ uttaler at : ”The possibility of setting price cap, for instance on supply to household customers, should be carefully weighted against the risks price caps entail in the sense that they might lead to distortion of any investment signal and could therefore turn out to be counterproductive”. Uttalelsene fra kommisjonen kan tyde på at uønskede effekter i markedet gjør at det skal en del til før slike muligheter er aktuelle.

⁴⁰ Op. cit.

⁴¹ Note of DG energy & transport on directive 2003/43/EF. Measures to secure electricity supply 16.01.04 pkt 3.

3.3.2.5 Pris ved forsyningsplikt i Sverige

Ved implementeringen av direktiv II i Sverige la det svenske utvalget til grunn at den svenske lovgivningen var i overensstemmelse med direktivet. I den svenske ellagen kapittel 8 § 8 1. ledd reguleres den svenske leveringsplikten. Der heter det følgende: *”Elanvändare som saknar elleverantör skall av berörd innehavare av nätkoncession anvisas en elleverantör, som gentemot nätkoncessionshavaren har åtagit sig at levera el till sådana elanvändare. ”*

Etter de svenske reglene anvises sluttbrukeren til en ekstern kraftleverandør som påtar seg pliktleveringene. Prisene på leveringer til kunder uten kontrakt er ikke regulert, og det er leverandørene som setter denne prisen i markedet. Sluttbrukere uten kontrakt må vanligvis betale de svenske omsetningsselskapene en høyere pris enn ved inngåelse av alminnelige kraftkontrakter. Dette er annerledes i Norge hvor leveringene foretas av et nettselskap med monopol. Foretas pliktleveringer av et kraftomsetningsselskap vil det påløpe mindre kostnader ved leveringene enn dersom et nettselskap skal utføre forsyningen. Dette skyldes at nettselskapet ikke har den nødvendige administrasjon og langsiktighet for kraftleveringer. De svenske reglene sikrer dermed en lavere pris ved pliktleveringer enn de norske reglene.

3.3.3 Forsyningsplikt og forsyningspliktig leverandør

Etter art. 3 nr. 3 omfattes husholdningskundene av en *”forsyningsplikt”*. *”Forsyningsplikten”* nevnes også i pkt 24 2. ledd i fortalen. Etter art. 3 nr. 3 skal husholdningskundene, og om nødvendig små virksomheter, sikres å få *”levert”* elektrisitet av en bestemt kvalitet, til klart sammenlignbare, gjennomsiktede og rimelige priser. Det utdypes i fortalen at reglene skal sikre strøm til de svake sluttbrukerne. Omfattes også små virksomheter av forsyningsplikten, trenger likevel ikke plikten ha det samme innholdet overfor de to gruppene jfr pkt 24 2 ledd i.f.

3.3.3.1 Tolkning av direktivet

Etter art. 3 nr. 3, 2. punktum *"kan"* medlemsstatene sikre dette ved å utpeke en *"forsyningspliktig leverandør"*. Utpekes først en forsyningspliktig leverandør utdypes det i fortalens at dette *"kan"* være salgsavdelingen i et vertikalt integrert selskap *"der også ivaretager distributionsfunksjoner, såfremt det oppfyller dette direktivs krav på adskillelse"* jfr pkt 27 2. punktum. Dette forutsetter likevel at vilkårene til atskillelse av virksomhetene oppfylles etter art. 15 nr. 2 og art. 15 nr. 1. Henholdsvis innen 1. juli 2007 og 1. juli 2004. Kravene til atskillelse mellom omsetnings- og nettselskap har sin bakgrunn i å forhindre kryssubsidiering mellom nettmonopol og kraftomsetning, d v s slik at monopolvirksomhetene ikke skal kunne subsidiere andre virksomheter i konsernet.

Etter ordlyden fremkommer det ikke at medlemslandene ved utvelgelsen av leverandøren har fullstendig frihet. Det er likevel naturlig å forstå det slik at dersom en salgsavdeling i et vertikalt integrert selskap har forsyningsplikt, kan også et rent omsetningsselskap ha forsyningsplikt. Dersom salgsavdelingen i et vertikalt integrert selskap, som er i et konsern med nettvirksomhet skal oppfylle forsyningsplikten, må virksomhetene som nevnt være atskilt etter art. 15. Dersom kravene til atskillelse mellom nettmonopol og energimarked skal ha en realitet kan derfor ikke forsyningsplikten etter direktivet kunne tilfalle et nettselskap.

Kommisjonen uttaler likevel følgende i sitt strategidokument⁴²: *"[w]ith regard to the supplier of last resort, our consistent position has been that even though the initial supplier of last resort may be a distribution company, it is preferable that the supplier of last resort to be selected through a non-discriminatory procedure compatible with EU rules. This procedure should be completed as soon as possible after the original supplier has left the customer."* Kommisjonen legger altså til grunn at et *"distribution company"* kan være forsyningspliktig leverandør. Det foretrekkes likevel at distribusjonsselskapet utpekes etter en ikke-diskriminerende prosedyre.

42 Strategy paper medium term vision for the internal electricity market.

Når det gjelder utvelgelsen av en forsyningspliktig leverandør utdypes dette i en kommentar⁴³ til art. 3 nr. 3. I den engelske teksten heter det at den forsyningspliktige leverandøren *"has to be appointed in a non-discriminatory and transparent way. The specific conditions of supply need to be predefined, non-discriminatory and transparent"*. Utvelgelsen skal skje på en nøytral og ikke-diskriminerende måte. Det fremheves samtidig at vilkårene for leveringene skal være forhåndsdefinerte. Vilårene for forsyningsplikten skal samtidig være både ikke-diskriminerende og nøytrale.

I kommentaren til art. 3 nr. 5 foreslår kommisjonen hvordan denne utvelgelsen kan skje. I art. 3 nr. 5 heter det at *"[m]edlemstaterne sikrer, at privilegerede kunder reelt kan skifte til en ny leverandør. Med hensyn til i det mindste privatkunder omfatter disse foranstaltninger de tiltag, der omhandles i bilag A."* Etter vedlegg A bokstav e) har husholdningskunder rett til å skifte leverandør kostnadsfritt. I kommentaren⁴⁴ uttaler kommisjonen blant annet følgende: *"[t]he role of "distributor by default" could be assigned by invitation to tender and/or through a series of obligations"*. Det skisseres her at den forsyningspliktige leverandøren kan utpekes ved anbud.

På bakgrunn av ordlyden i direktivet og kommisjonens uttalelser skisseres det en organisering av forsyningsplikten basert på anbud. Vilårene for leveringen skal være definert på forhånd på en ikke-diskriminerende og nøytral måte.

3.3.3.2 Myndighetenes vurdering

NOU 2004:4 utreder om det bør gis ufravikelige forbrukervernregler om strømkontrakter. Arbeidet er blitt til i kjølvannet av stortingets arbeid med ny forbrukerkjøpslov for strøm i 2002.

Utvalget går i kapittel 10 ikke inn på en gjennomgang av eldirektiv II. Dette begrunnes med at OED for tiden arbeider med å gjennomføre direktivet i norsk rett og at det forventes en gjennomgang av EØS-komiteen etter at EFTA-landene har vurdert alle juridiske og politiske sider av direktivet. Arbeidsgruppen har likevel gjort seg kjent med

⁴³ Practical measures for distribution resulting from the opening up to competition pkt 5.

⁴⁴ Op. cit pkt 3.

de vurderinger som er foretatt i SOU 2003:113. I vedlegg 1 til utredningen finnes også vedlagt OEDs foreløpige vurderinger av kravene som direktivet stiller.

Departementet har lagt til grunn at enl § 3-3 om leveringsplikt allerede utnytter "*en opsjon*" som direktivet foreskriver. Kravene til "*supplier of last resort*" tolkes som noe medlemsstatene selv kan velge, ut fra formuleringen "*may*" i den engelske oversettelsen av direktivet. Dette gjelder både i forhold til kravet om forsyningsplikt og en forsyningspliktig leverandør. Departementet ser ikke fortalens pkt 27, som vist under avsnittet ovenfor, som en mulig hindring for nettselskapenes rolle etter de norske reglene om leveringsplikt. Det legges til grunn at de norske reglene tilfredsstillende stiller kravene direktivet setter. Departementet viser i sin begrunnelse til bedømmelsen av eldirektiv II art. 3 pkt 3 i SOU 2003:113.

3.3.3.3 *Rettstilstanden i Sverige*

I Sverige er leveringsplikten organisert slik at et selskap utpekes til å ha dette ansvaret for hvert enkelt område. Det er nettselskapenes oppgave at det "*anvisas en elleverantör*", også kalt "*anvisningsleverantör*", som oppfyller leveringsplikten overfor sluttbrukerne. Vanligvis er det nettselskapets eget omsetningsselskap som får denne oppgaven. Det heter følgende i ellagen kapittel 8 § 8 1 ledd:

"Elanvändare som saknar elleverantör skall av berörd innehavare av nätkoncession anvisas en elleverantör, som gentemot nätkoncessionshavaren har åtagit sig at levera el till sådana elanvändare. "

I SOU 2003:113 har et svensk utvalg utredet hvilke konsekvenser eldirektiv II vil få for den svenske lovgivningen. SOU 2003:113 kommenterer ikke kravet til "*supplier of last resort*" i sin "*bedömning*" på side 93. Konklusjonen er at det fra svensk side ikke behøves endringer for å tilfredsstille dette kravet i direktivet.

Bakgrunnen er nettopp at de svenske reglene om leveringsplikt oppfyller kravene eldirektiv II stiller. I Sverige har nettselskapene ansvaret for å utpeke et omsetningsselskap, det er altså ikke nettselskapene selv som utfører leveringsplikt overfor sluttbruker. Selv om dette vanligvis utføres av et omsetningsselskap innenfor

nettselskapets eget konsern, er dette i samsvar med hva eldirektiv II foreskriver. Dette forutsetter at kravene til atskilte virksomheter etter art. 15 pkt 2 og art. 15 pkt 1 er oppfylt, henholdsvis innen 1. juli 2004 og 1. juli 2007 jfr art. 30 pkt 2.

3.3.3.4 *Rettstilstanden i Nederland*

I Nederland, som for de andre EU og EØS-landene får eldirektiv II konsekvenser for den nasjonale lovgivningen. Nederland har per i dag ikke regler som fullt ut sikrer sluttbrukeres rett til å få levert strøm på en slik måte direktivet legger opp til.

Det er i Nederland tale om å innføre regler om "*supplier of last resort*"⁴⁵. Jeg forstår "*supplier of last resort*" som en siste sikkerhet for kraftforsyninger overfor kunder som av ulike grunner ikke har en avtale om levering. Regler om en "*supplier of last resort*" skal gi disse kundene denne sikkerheten. Nederland har i dag ikke regler om hvem som skal forsyne disse kundene, slik som det nye direktivet krever.

I følge Hamilcar P.A Knops⁴⁶ må en "*supplier of last resort*" på bakgrunn av eldirektiv II være en "*supplier of electricity*" og ikke en "*network operator*". Knops skisserer to muligheter for å velge hvem som skal forsyne kundene med slike leveringer. Den ene går ut på at myndighetene utpeker en "*supplier of last resort*". Den andre er at leverandørene velges ut etter en anbudsrunde. Vilåårene kan i dette tilfelle reguleres av myndighetene.

3.3.4 Sammenfatning

Art. 3 nr. 3 stiller krav til rimelige priser for husholdningskunder. Medlemstatene kan bestemme om det også skal omfatte små virksomheter. Rimelige priser gjelder ved en forsyningsplikt. I det norske kratmarkedet må det anses at kravet til rimelige priser er oppfylt ved et effektivt energimarked. Prisen på kraft levert ved forsyningsplikten kan innebære ekstrakostnader som inkluderes i prisen. Prisen skal likevel ikke settes lavere

45 Hamilcar P.A Knops "*Securing dutch electricity supply: towards a supplier of ast resort*".

46 Op. cit.

enn markedet, slik at markedsutviklingen settes i fare. Utgifter til å balansere markedet skal ikke belastes sluttbrukere i slike situasjoner. Dette tyder på at direktivet ikke begrenser høye ventetariffer som har sin bakgrunn i høye kostnader. Forsyningsplikten er heller ikke til hinder for at leverandøren har avanse på pliktleveringene. Direktivet legger opp til et markedssystem der leverandøren har rett til å beregne avanse. I utgangspunktet hindrer direktivet derfor ikke at norske nettselskaper kan fakturere sluttbrukere for ekstra kostnader.

Det er i utgangspunktet opp til den enkelte medlemsstat hvordan organiseringen av forsyningsplikten skal løses. Det kan likevel spørres om den norske organiseringen av leveringsplikten er i overensstemmelse med en løsning direktivet legger opp til. Direktivet foreslår at det kan utpekes en forsyningspliktig leverandør. Det åpner også for at salgsavdelingen i samme konsern som nettselskapet kan utføre slike leveringer. Dette kan likevel kun skje under forutsetning av at virksomhetene er atskilt etter art. 15 nr 1 og art. 15 nr. 2. Skal direktivets krav til atskillelse få en realitet kan derfor ikke forsyningsplikten tilfalle et nettselskap slik leveringsplikten gjør i Norge. Kommisjonen skisserer en mulighet der forsyningspliktige leveringer settes ut på anbud og der vilkårene for leveringene skal være kjent på forhånd. Et slikt system vil kunne oppfylle direktivets krav både til et effektivt energimarked og et høyt forbrukervern.

OED tolker direktivet slik at det er i overensstemmelse med de norske reglene om leveringsplikt. Vurderingen baserer seg blant annet på svenske forarbeider til implementeringen av direktivet i svensk rett. De svenske reglene om forsyningsplikt baserer seg på at sluttbrukerne får levert kraft av et kraftomsetningsselskap til markedspris. Det svenske nettselskapet utpeker kun en kraftleverandør og dette kan samsvare med direktivet. I norsk rett er det nettselskapene selv som har leveringsplikt og prisen settes av nettselskapet som har monopol. De svenske forarbeidene kan på denne bakgrunn ikke tas til inntekt for at de norske reglene om leveringsplikt er i overensstemmelse med direktivet.

4 EØS-avtalens art. 54 og ny konkurranselov § 11

4.2 Innledning

EØS art. 54 (2) bokstav a) stiller opp forbud mot utnyttelse av et foretaks dominerende stilling ved å påtvinge urimelige utsalgspriser, dersom dette kan påvirke handelen innenfor EØS-området. Konkurranselovsutvalget⁴⁷ har i delinnstilling NOU 2001:28 anbefalt at det foretas en harmonisering av de norske konkurransereglene i forhold til EF-retten og EØS-reglene. Dette er fulgt opp i NOU 2003:12 om ny konkurranselov. Departementet har i Ot. prp nr. 6 2003-2004 sluttet seg til konkurranselovsutvalgets forslag til ny § 3-2, i departementets forslag § 11, om et forbud mot misbruk av dominerende stilling. Det samme har familie-, kultur- og administrasjonskomiteen i innst. O. nr. 50 (2003-2004). Den nye loven ble vedtatt 28. februar i år og trer ikraft fra 1. mai 2004. Den nye konkurranseloven benevnes heretter som konkurranseloven.

Spørsmålet er om forbudet mot misbruk av dominerende stilling etter EØS art. 54 begrenser nettselskapets mulighet til en høy ventetariff. Etter EF retten leveringsplikten merkbart påvirke samhandelen mellom medlemsstatene. Spørsmålet blir det samme etter den nye konkurranselovens § 11. En vesentlig forskjell er likevel at konkurranselovens § 11 ikke krever brudd på samhandelen siden dette er nasjonale konkurransebestemmelser. Et avgjørende spørsmål i denne sammenheng blir likevel om leveringspliktens midlertidige karakter kan påvirke konkurransen merkbart.

4.3 Konkurranseloven 1993 nr. 65 § 3-10

Konkurranseloven (krll) av 1993 nr. 65 § 3-10 regulerer inngrep mot konkurranseskadelig adferd. Når den nye konkurranseloven trer i kraft fra 1. mai 2004 blir krll § 3-10 rettshistorie. På denne bakgrunn har bestemmelsen i dag begrenset interesse for denne oppgavens problemstilling. Dette på tross av at loven på

⁴⁷ NOU 2003:12 s. 19.

innleveringsdatoen er gjeldene rett. Jeg vil likevel redegjøre kort for virkeområde til krrl § 3 – 10.

Krrl § 3-10 er en ren inngrepshjemmel og gir ikke et generelt forbud mot misbruk av dominerende stilling som EØS art. 54. Bestemmelsen gir konkurransetilsynet hjemmel til å gripe inn mot konkurransebegrensende adferd i strid med effektiv bruk av samfunnets ressurser. Nettselskapets kraftomsetning vil omfattes av lovens virkeområde jfr krrl § 1-3 jf 1-2 b) og d). Nettselskapet er et foretak som driver ervervsvirksomhet jfr krrl § 1-3 jf 1-2 a) og selger elektrisk kraft som etter krrl § 1-3 jf 1-2 c) er en vare. Konkurransetilsynet har derfor hjemmel til å gripe inn mot nettselskapets *”vilkår, avtaler eller handlinger”* dersom disse har til *”formål, virkning eller er egnet til”* å begrense konkurransen *”i strid med formålet”* jfr krrl § 3 – 10 (1). Praksis viser imidlertid at inngrepshjemmelen ikke er mye brukt. I følge konkurranselovsutvalgets utredning behandlet tilsynet i 2002⁴⁸ 36, saker hvorav resultatet var inngrep i fem av tilfellene. I forhold til den høye ventetariffen overfor sluttbrukerne vinteren 2003 fant ikke tilsynet grunn til å gripe inn.

4.4 Virkeområdet til EØS art. 54 og konkurranselovens § 11

EØS art. 54 1. ledd regulerer at:

”Et eller fleres foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling innen det territorium som er omfattet av denne avtale, eller er i en vesentlig del av det, skal være forbudt og uforenlig med denne avtales funksjon i den utstrekning den kan påvirke handelen mellom avtalepartene.”

Konkurranseloven § 11 1. ledd lyder:

”Et eller flere foretaks utilbørlige utnyttelse av sin dominerende stilling er forbudt.”

Art. 54 2. ledd og konkurranseloven § 11 2. ledd er identiske og lyder som følger:

⁴⁸ NOU 2003:12 s. 56 pkt 4.1.5.

Slik utilbørlig utnyttelse kan særlig bestå i

- a) å påtvinge, direkte eller indirekte, urimelige
innkjøps- eller utsalgspriser eller andre urimelige forretningsvilkår*

Begge bestemmelsene regulerer utnyttelse av dominerende adferd. Etter ordlyden i EØS art. 54 får bestemmelsen kun betydning dersom samhandelen mellom EØS-statene påvirkes. Konkurranseloven § 11 gjelder derimot uavhengig av dette.

4.5 Forholdet mellom EØS art. 54 og konkurranseloven § 11

Rådsforordning 1/2003 art. 3 nr. 2 regulerer forholdet mellom EF-traktaten art. 82 og nasjonal lovgivning direkte. På bakgrunn av forordningen er det foreslått ny EØS-konkurranselov § 7. Forslaget til ny EØS-konkurranselov § 7 bestemmer at norske konkurransemyndigheter og domstoler ved anvendelsen av konkurranseloven på forhold som også omfattes av art. 54, også skal anvende art. 54⁴⁹. EØS art. 54 og konkurranseloven § 11 får dermed overlappende anvendelsesområder.

EØS avtalens regler er tilsvarende EF traktatens, og skal tolkes i tråd med EU- domstolens praksis jf EØS art. 6. I *"avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et overvåkningsorgan og en domstol"* (ODA) skilles det mellom EF-domstolens rettspraksis før og etter undertegning av EØS-avtalen. EF-domstolens praksis fra tiden før undertegning av traktaten er Norge forpliktet til å tolke i samsvar med EØS-avtalen jf ODA art. 3 nr. 1. Når det gjelder EU- domstolens avgjørelser avsagt etter tidspunktet for EØS-avtalens inngåelse skal det tas *"tilbørlig hensyn til de prinsipper som er fastlagt"* gjennom de relevante rettsavgjørelser jf ODA art. 3 nr. 2. EØS art. 54 er en kopi av EF traktatens art. 82 (tidligere art. 86). EØS art. 54 setter forbud mot et foretaks *"utilbørlige utnyttelse av dominerende stilling"*. Etter EØS lovens § 1 gjelder EØS avtalen som norsk lov.

⁴⁹ Ot. prp. nr. 6 (2003-2004) kapittel 18 kommentar til ny EØS-konkurranselov § 7.

Både utvalget⁵⁰, departementet⁵¹ og komiteen⁵² er enige om at ved tolkningen av konkurranseloven § 11 skal det legges vekt på EU-rettens praksis. Utvalget legger til grunn at dette ikke uten videre innebærer at norske myndigheters praksis i alt og ett blir identisk med EU/EØS⁵³. Det heter likevel på s. 66 at *”Avgrensingen i forhold til de nye forbudene vil i utgangspunktet fremgå av praksis fra EU s og EFTAs konkurransemyndigheter”*. Departementet uttaler at praksis fra *”EF-domstolen, EFTA-domstolen, Kommisjonen og EFTAs overvåkningsorgan”*⁵⁴ er relevante tolkningsmomenter. Departementet uttaler i tillegg at dersom forslaget til ny EØS- konkurranselov § 7 blir vedtatt vil det føre til at *”rettspraksis fra EU- og EØS-retten må veie tungt som rettskilde ved anvendelse av de nye forbudsbestemmelsene”*. Etter forslag til ny EØS-konkurranselov § 7 skal EØS art. 54 og konkurranseloven § 11 ha overlappende⁵⁵ anvendelsesområder. Det betyr at dersom en utilbørlig utnyttelse som er forbudt etter EØS art. 54 merkbart påvirker samhandelen mellom EØS-statene og samtidig er egnet til å ha virkning i Norge, omfattes konkurransereguleringen både av art. 54 og av konkurranseloven § 11⁵⁶. Komiteen støtter som et *”overordnede mål for lovarbeidet en tilnærming til det europeiske regelverket”*⁵⁷ og ser det som en stor fordel at man i det norske rettsapparatet og i konkurransetilsynet vil kunne dra nytte av den brede rettspraksis og de rettskilder som vil følge av dette.

EU-retten og den nye konkurranseloven har ulike formål. Den vesentligste forskjellen er at EØS- retten tar hensyn til markedsintegrasjon og forbrukerinteresser. Utvalget legger til grunn at det ikke skal tas hensyn til markedsintegrasjon⁵⁸ ved anvendelsen av de norske konkurransereglene ettersom dette ikke er blant formålene. Departementet⁵⁹ presiserer at en harmonisering av konkurransereglene vil kunne føre til ulike tolkninger på grunn av reglenes ulike formål, virkeområde og rettskildesituasjonen. Forbrukerhensyn er imidlertid innfortolket i EØS artikkel 54, dette er også er

⁵⁰ NOU 2003:12 s. 66.

⁵¹ Ot. prp. nr. 6 2003-2004 pkt 6.6.1.

⁵² Innst. O. nr. 50 2003-2004 pkt 2.3.

⁵³ NOU 2003:12 s. 61 pkt. 4.3.2.

⁵⁴ Op. cit ot.prp. nr. 6.

⁵⁵ Ot. prp. nr. 6 2003-2004 kapittel 18. Merknader til ny EØS-konkurranselov § 7.

⁵⁶ Op. cit.

⁵⁷ Op. cit innst. O. nr. 50.

⁵⁸ Ot. prp nr. 6 pkt 6.4.1. Markedsintegrasjonsprinsippet er et grunnleggende prinsipp i fellesskapsretten.

⁵⁹ Ot. prp. nr. 6 pkt 6.6.1.

retningsgivende for norsk rett i tolkningen av ny konkurranselov § 11. Det må derfor skjelnes mellom EU-rettens praksis, med henhold til hva de har lagt vekt på i sine avgjørelser, for å finne det som er relevant i vurderingen av innholdet til den norske konkurranseloven.

4.6 Avgrensning av det relevante marked

For å ta stilling til om nettselskaper rammes av art. 54 og konkurranselovens § 11 må markedet nettselskapene omsetter kraft i defineres. Avgrensningen deles både i et relevant produkt- og et relevant geografisk marked.

4.6.1 Relevant produktmarked

Avgrensningen av det relevant produktmarked i forhold til EØS art. 54 er utviklet av EU-domstolens rettspraksis. Den samme avgrensningen legges til grunn overfor konkurranselovens § 11. Det er antatt⁶⁰ at domstolen benytter den samme metode og argumenter når det relevante markedet fastsettes enten det gjelder EU art. 81 eller 82 (tidligere 85 og 86). Utgangspunktet for vurderingen er ombytteligheten⁶¹, dersom flere varer er substituerbare, kan de selges i det samme markedet. Vurdering av dette foretas utfra etterspørres perspektiv, dersom flere typer varer erstatter hverandre etter etterspørres oppfatning, konkurrerer varene i det samme markedet. I henhold til EU art. 82 (tidligere 86) vises dette utgangspunktet i Hofmann-La-Roche⁶² der det uttales at: *"begrepet det relevante marked innebærer nemlig, at der kan herske effektiv konkurranse mellom de produkter, som indgår i markedet, hvilket forutsetter en tilstrækkelig grad af substituerbarhed ved samme anvendelse mellem alle de produkter, som indgår i samme marked."*

Vurderingen av ombytteligheten tar utgangspunkt i etterspørselens krysselastisitet⁶³. I et marked med høy krysselastisitet vil en liten prisendring medføre økt omsetning for et

⁶⁰ Rognstad, Ole-Andreas, "Bagatellavtaler i EFs konkurranseret", Oslo 1992 s 41.

⁶¹ Op. cit s 42.

⁶² Op. cit s 42. Se kommentar til sak 85/76 saml. 1979 s 461 Hoffman-La-Roche.

⁶³ Op. cit s 43.

konkurrerende produkt, dersom dette ikke øker prisen. Jo større krysselastisiteten mellom varene er, jo større grad av det samme markedet er varene⁶⁴.

For å avgrense det relevante produktmarkedet for de norske nettselskapenes kraftomsetning kan det de samme utgangspunktene legges til grunn. Nettselskapets leveringsplikt har konsekvenser for sluttbrukermarkedet. Sluttbrukermarkedet består av kunder som handler kraft til eget forbruk. Store sluttbrukere kan handle kraft direkte i grossistmarked, mens mindre sluttbrukere kun handler i sluttbrukermarkedet. Som utgangspunkt kan sluttbrukere deles i to hovedgrupper, kontraktskunder og standardkunder. Kontraktskunder er store kunder som fremforhandler egne avtaler, mens standardkunder handler på standardtariff. Kontraktskunder handler for eksempel spot eller elterminkontrakter via Nord Pool eller på det bilaterale markedet. Standardkunder kan også velge mellom ulike kontraktsformer. For eksempel variabel pris knyttet til spotprisen, faste priser for et år etc. De ulike kontraktene har stor ombyttelighet. Dersom prisen for standardkundene øker for strøm levert til fast pris over et år, mens den variable prisen knyttet til spotprisen ikke øker, øker etterspørselen for variabel pris knyttet til spotprisen. Det samme vil skje dersom grossistmarkedet øker fra sluttbrukermarkedet i pris, sluttbrukermarkedet for standardkontrakter vil da få økt etterspørsel fra de store kontraktskundene. Det betyr at det relevante markedet for sluttbrukere omfatter både kontraktskunder og standardkunder som kjøper kraft til eget forbruk. Dette har også Konkurransetilsynet⁶⁵ lagt til grunn for sine vurderinger.

4.6.2 Relevant geografisk marked

For å avgrense det relevante geografiske sluttbrukermarkedet må man se på hvor sluttbrukeren kan henvende seg for å kjøpe strøm. For salg til sluttbrukere kreves det omsetningskonsesjon etter enl. § 4-1. Konsesjonen gjelder alle typer elektrisk energi. Energilovforskriften § 4-4 bokstav d) sikrer eksterne leverandører tredjeparts adgang til de lokale elektrisitetsnettene. Forskriften regulerer i tillegg forbud mot diskriminerende priser i nettet, slik at det tilbys like priser i henhold til brukstid og leveringskvalitet. Sluttbrukerne kan henvende seg til alle selskaper som har konsesjon for omsetning.

⁶⁴ Op. cit s 43.

Nord Pool har markedsplasskonsesjon⁶⁶ etter enl § 4-5 for organisering og drift av elspotmarkedet og utenlandskonsesjon⁶⁷ etter enl § 4-2 for tilrettelegging av kraftutvekslingen med utlandet. Utenlandskonsesjon kreves for innførsel og utførsel av kraft. Nord Pool administrerer derfor et nordisk⁶⁸ marked for kraft. Teoretisk kan sluttbrukere derfor handle kraft fra selskaper etablert i andre EU-medlemsstater. I praksis handler norske sluttbrukere av norske selskaper.

Konkurransetilsynet la i 1998 til grunn at det relevante geografiske⁶⁹ markedet for sluttbrukere var Norge. Det var ikke da et krav om at kun norske selskaper kan selge strøm til norske sluttbrukere. Det så likevel ut til at de som solgte strøm til sluttbrukere er norske selskaper eller utenlandske selskaper med datterselskaper eller filialer i Norge. Utenlandske selskaper har full mulighet til å registrere seg på det norske markedet dersom de inngår en balanseavtale med Statnett SF. Dette har Norske selskaper gjort i Sverige. Det betyr uansett at det relevante geografiske område for sluttbrukere i dag fortsatt er Norge. I fremtiden kan det tenkes å være Norden eller Europa.

4.7 "utilbørlig" utnyttelse av "dominerende stilling"

Dersom et nettselskap skal kunne begrense konkurransen kreves at det har en "*dominerende stilling*" på markedet. Verken EØS art. 54 eller konkurranselovens § 11 er et forbud mot at selskaper har en dominerende stilling i seg selv, det kreves i tillegg at posisjonen utnyttes "*utilbørlig*".

4.7.1 "dominerende stilling"

Nettselskapenes faktiske styrke på sluttbrukermarkedet må vurderes konkret. Utgangspunktet for hva som er en dominerende stilling er basert på EF-domstolens rettspraksis.

⁶⁵ Skrifter fra Konkurransetilsynets 1998 nr. 4 "Avgrensning av relevante næringer i kraftmarkedet" s 14.

⁶⁶ Se Hammer, Vassdrag og energirett 2002 s. 703 pkt 4.6.2.

⁶⁷ Se Hammer, Vassdrag og energirett 2002 s. 706 – 708. Konsesjon gitt 21. desember 2000.

⁶⁸ Se Hammer, Vassdrag og energirett 2002 s. 702 pkt 4.6.1.

⁶⁹ Skrifter fra Konkurransetilsynet nr. 4 1998 "Avgrensning av relevante markeder i kraftnæringen" s 16.

I sak 322/81⁷⁰, Michelin, har domstolen definert begrepet slik at det omfatter *”en økonomiske magtposition, som setter en virksomhet i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet der anlægges en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for konkurrenter, kunder og i sidste instans over for forbrugerne”*. I EF domstolens sak 85/76 Hoffmann-LaRoche⁷¹ uttaler retten at en dominerende stilling ikke forutsetter at virksomheten har et absolutt monopol. Det er likevel ikke tvilsomt at et nettselskap har en dominerende stilling der det har et monopol. Nettselskap må derfor anses å ha en dominerende stilling overfor sluttbrukere i den midlertidige perioden de leverer kraft som følge av leveringsplikten.

4.7.2 ”Utilbørlig utnyttelse”

Vilkåret er at nettselskapet *”utilbørlig”* utnytter en slik dominerende stilling.

Den norske oversettelsen *”utilbørlig utnyttelse”* i art. 54, som er korrekt i forhold til de fleste andre oversettelser, er i EF art. 82 oversatt til *”misbrug”* på dansk og *”abuse”* på engelsk. EU-domstolens tolkning av Romatraktaten viser at et dominerende selskaps adferd ikke behøver å være utilbørlig. I teorien er vilkåret drøftet som misbrukskriteriet⁷².

Misbrukskriteriet er ikke avhengig av subjektiv skyld jf sak 85/76⁷³, Hoffman-LaRoche. EF-retten uttalte i denne saken at *”misbrugsbegrepet er et objektivt begrep, som omfatter en af en markedsdominerende virksomhed utvist adfærd, som efter sin art kan påvirke strukturen på et marked, hvor konkurrencen nettop som følge av den pågjældene virksomheds tilstedeværelse allerede er avsvækket, og som bevirker, at der lægges hindringer i vejen for at opretholde den endnu betående konkurrence som følge af, at der tages andre midler i brug end i den normale konkurrence om æfsætning af varer og tjenesteydelser, der utspiller sig på grundlag af de erhvervsdrivendes ydelser”* (premiss 91 s 541). EU-domstolen uttaler i sak 27/76⁷⁴, United Brands⁷⁵ *”at man må vurdere om den dominerende virksomhed har gjort en sådan brug af sin dominans, at*

⁷⁰ Domsamlingen 1983 s. 3461, s. 3463 pkt 6.

⁷¹ Se EØS rett Sejersted m.fl s. 306 note 274.

⁷² EØS rett, Sejerstad m.fl s. 308 note 277.

⁷³ Domsamlingen 1979 s. 461.

⁷⁴ EU Karnov 2001 s. 838.

den herved har opnået fordele, som den ikke ville have opnået, hvis der havde været en normal og tilstrækkelig effektiv konkurrence.”(min understrekning). I EØS art. 54 (2)

a) nevnes særlig ”urimelige utsalgspriser” som eksempel på misbruk. Blant annet i sak 26/75, General Motors⁷⁶, har EU-domstolen uttalt at en for høy pris vil være et uttrykk for misbruk.

Dersom netteieren kan oppnå en pris per KWh som ikke kunne oppnås på det åpne markedet kan det være uttrykk for et misbruk.

4.7.3 Eksempel Hafslund Nett

Et eksempel som kan belyse poenget er Hafslund Nett (Hafslund) sin omsetning i januar 2003. Ventetariffen hos Hafslund var 139,6 øre per KWh i perioden 23.12.02 til 01.01.03 og 139,85 øre per KWh i perioden 01.01.03 til 06.01.03. Gjennomsnittlig standard variabel kraftpris⁷⁷ i markedet, beregnet for samtlige leverandører, var i ukene 51⁷⁸ og 52⁷⁹ 2002, henholdsvis 52,97 og 62,46 øre/KWh. I uke 1⁸⁰ 2003 var gjennomsnittlig standard variabel pris 91,41⁸¹ øre/KWh. Det er mye som taler for at den prisen Hafslund fakturerte ikke kunne oppnås ellers i markedet, og at det nettopp er nettselskapets midlertidige leveringsrett, uten konkurranse, som er bakgrunnen for det høye prisnivået. Dette eksempelet viser at nettselskap vil kunne overtre forbudet om utilbørlig utnytte en dominerende stilling etter EØS art. 54.

4.8 Samhandelskriteriet

Samhandelskriteriet må være oppfylt for at konkurransen på fellesmarkedet skal rammes. Spørsmålet er om handelen mellom EØS-landene kan påvirkes av nettselskapenes leveringspliktige kraftleveranser. Det legges til grunn at EU-domstolens

⁷⁵ Domssamlingen 1978 s. 207.

⁷⁶ EU Karnov 2001 pkt 5.3.2 s. 838, Domssamlingen 1975 s. 1367.

⁷⁷ Hoveddelen av husholdningskundene hadde 1. kvartal 2003 standard variabel kraftpris (mellom 80-90%), se ”Samarbeid om tilsyn med kraftmarkedet – anbefalinger om fremtidig samarbeid mellom Konkurransetilsynet, Kredittilsynet og NVE” pkt 2.3 s. 9.

⁷⁸ Montel powernews 17.02.02. Gjennomsnittsprisen er beregnet ut fra konkurransetilsynets liste over samtlige 106 leverandører i 2002 og 105 leverandører i uke 1 2003. Beregningen er foretatt blant leverandører som tilbyr standard variabel kraftpris.

⁷⁹ Op cit.

⁸⁰ Op cit.

⁸¹ Montel powernews 14.01.2003.

praksis⁸² etter art. EF art. 81 og 82 (tidligere 85 og 86) er anvendelig i tolkningen av EØS art. 54. Vilkåret er at nettselskapet utnytter en dominerende stilling slik at dette fører til en merkbar påvirkning av samhandelen mellom EØS-landene. Samhandelskriteriet gjelder i forhold til EØS art. 54, men ikke i forhold til konkurranseloven § 11. Etter EØS art. 54 gjelder konkurransebegrensningen i ”*den utstrekning den kan påvirke handelen mellom avtalepartene*”. Det er derfor kun når et misbruk påvirker handelen mellom EØS - landene, EØS - avtalen setter et forbud. Har begrensningen kun betydning på det nasjonale plan, reguleres dette derfor av det enkelte lands konkurranseregler. I dette avsnittet drøfter jeg kun om samhandelskriteret kan oppfylles av norske nettselskap. Når det gjelder hva som skal til for at samhandelen merkbart påvirkes vises det til drøftelsen nedenfor under merkbarhetskravet.

4.8.1 Kommisjonens meddelelse

Kommisjonen har i en meddelelse kommet med et utkast til retningslinjer for ”*[b]egrebet påvirkning af samhandelen i traktatens artikel 81 og 82*”. Meddelelsen er angitt som EØS- relevant tekst.

I pkt 3 redegjøres for de prinsipper som har utviklet seg i rettspraksis angående samhandelskriteriet, og det oppstilles en regel for når handel ikke får betydning for samhandelen. Kommisjonen uttaler i meddelelsens pkt 4 at den ikke omhandler hva som er en merkbar begrensning etter EU art. 81 nr. 1. Retningslinjene får heller ingen betydning for den tolkning av reglene som foretas av EF- domstolen og førsteinstansrettene jfr punkt 5.

Når det gjelder handelskriteriet, etter EU art. 82 og EØS art. 54, dekker begrepet enhver form for grenseoverskridende handel jfr B punkt 19. Det er tilstrekkelig at handelen påvirkes mellom to medlemstater jfr B punkt 21 og en begrensning kan også tenkes der de relevante markeder er nasjonale eller subnasjonale jfr B punkt 22.

⁸² Olav Kolstad Lov og rett s. 407- 434 på pkt 3 s. 411.

4.8.2 EU-domstolens praksis

Etter EU-domstolens praksis skal det lite til før en konkurransebegrensning påvirker samhandelen mellom landene. I sakene 56 og 58/ 64⁸³ Consten og Grundig uttalte retten at det beror på ”*om aftalen direkte eller indirekte, faktisk eller potensielt, er egnet til at bringe den frie handel mellem medlemsstaterne i fare på en måde, der kan skade gennemførelsen af målene for et mellemstatsligt enhedsmarked [..]*”. I en senere sak 42/84⁸⁴, Remia, uttalte retten at det er en fast praksis for at en avtale skal kunne påvirke samhandelen ”*på grundlag af en række objektive retslige eller faktiske omstændigheder gøre det muligt med en tilstrækkelig grad av sikkerhed at forutse, at den kan udøve direkte eller indirekte, aktuel eller potentiel indflydelse på handelsstrømmene mellem medlemsstaterne paa en maade, som kan skade opnaaelsen af formaalene med et fælles marked mellem medlemsstaterne.*”.

4.8.3 Sluttbrukermarkedet

Nettselskapet leverer som nevnt kraft på det norske sluttbrukermarkedet. Spørsmålet er om det i dette markedet er aktører fra andre land innenfor EØS-området. Utgangspunktet er at sluttbrukermarkedets geografiske utstrekning er Norge, som vist ovenfor. Det betyr at sluttbrukermarkedet isolert sett må anses å falle utenfor art. 54s anvendelsesområde. I samarbeidsrapporten⁸⁵ uttales det likevel at utenlandske selskaper har full mulighet til å registrere seg på det norske markedet dersom de inngår en balanseavtale med Statnett SF og at norske selskaper har gjort dette i Sverige.

Aktører i det norske sluttbrukermarkedet er mer eller mindre eiet av utenlandske aktører. Det finske energikonsernet Fortum er 100% eiere av tidligere Østfold Energi⁸⁶. Østfold Energi Kraftsalg AS og Østfold Energi Nett AS har fra januar 2004 skiftet navn til Fortum Distribusjon AS og Fortum Markets AS. Fortum eier også 34,1 %⁸⁷ av aksjene i Hafslund ASA. Til sammen har Fortum konsernet 1,3 millioner kunder i Finland, Sverige og Norge. Det har ført til at andre EØS- land er representert på det

⁸³ Domssamlingen 1965-1968 s. 245, på side 253.

⁸⁴ Se Kolstad, Olav, Lov og rett 1996 s. 407-434 s. 411 og domssamlingen 1985s. 2545, premiss 22.

⁸⁵ ”Samarbeid om tilsyn med kraftmarkedet – Anbefalinger om fremtidig samarbeid mellom konkurransetilsynet, kredittilsynet og NVE”, oktober 2003, s. 3.

⁸⁶ www.fortum.no.

⁸⁷ www.hafslund.no.

norske markedet. Selv der de utenlandske selskapene ikke har 100% eierandeler, kan andelene være store nok til å utøve kontroll.

4.9 Merkbarhetskravet

Merkbarhetskravet⁸⁸ har to funksjoner, det gjelder både i forhold til påvirkningen av samhandelen og i forhold til konkurransen. Spørsmålet er om konkurransen på det norske sluttbrukermarkedet i merkbar grad er påvirket av nettselskapenes leveringspliktige kraftleveranser.

Det er i EU retten utviklet et selvstendig krav til at konkurransen i ”merkbar grad”⁸⁹ må begrenses for at det kan være et misbruk av dominerende stilling. Merkbarhetskravet er av EU-domstolen innfortolket⁹⁰ i EF artikkel 81 nr. 1 (tidligere 85 nr. 1), som tilsvarer EØS artikkel 53 nr. 1. Det er antatt⁹¹ at det også må innfortolkes i EF artikkel 82 (tidligere 86). Vilåårene må anses å være de samme enten det gjelder vurderingen av merkbar påvirkning av konkurransen eller på samhandelen. Dette betyr at vilååret gjelder i forhold til EØS art. 54. I forhold til konkurransen må merkbarhetskravet derfor antas å gjelde også overfor konkurranseloven § 11.

Merkbarhetskravet er basert på en helhetsvurdering av om konkurransen er merkbart påvirket. Vurderingen⁹² tar blant annet utgangspunkt i avtalepartenes størrelse, forholdene i markedet for det aktuelle produktet og kontraktsvilåårets karakter som fastsetter den aktuelle avtales virkning i markedet. Dersom en avtale har merkbar virkning på konkurransen innenfor EØS-området kan det pålegges sanksjoner som igjen vil øke konkurransen. Fastsettelsen av det relevante markedet er en forutsetning for merkbarhetsvurderingen⁹³. Det relevante markedet avgrenses og inndeles i et relevant produktmarked og et relevant geografisk marked, som vist ovenfor.

⁸⁸ Se Rognstad, Ole-Andreas, Bagatellavtaler i EFs konkurranserett 1992 s. 17-18.

⁸⁹ NOU 2003:12 s. 58 pkt 4.2.3.1.

⁹⁰ Se Kolstad, Olav, Lov og rett 1996 s. 431.

⁹¹ Se Kolstad, Olav, Lov og rett 1996 s. 431.

⁹² Rognstad, Ole-Andreas, ”Bagatellavtaler i EFs konkurranserett”, Oslo 1992 s 40.

⁹³ Opcit s 40.

4.9.1 Bagatellmeddelelsen

EFTAs overvåkningsorgan (ESA) har i bagatellmeddelelsen av 2003-03-20 gitt en veiledning for hvilket kvantum som rammes av merkbarhetskriteriet. Meddelelsen er ikke rettslig bindende, men kan gi en pekepinn på hva som kan være bagatellmessige avtaler. Bagatellmeddelelsen er gitt i henhold til EØS art. 53 nr. 1. Vurderingen vil etter EU-domstolens praksis være den samme etter EØS art. 54. I fortalens bokstav C understrekes det at meddelelsen er en relevant rettsakt for hele EØS-området.

4.9.2 Små og mellomstore bedrifter rammes ikke

Etter meddelelsens pkt 3 rammes ikke små og mellomstore bedrifter av merkbarhetskravet. Det vises til praksis⁹⁴ fra EFTA der slike bedrifter er definert. Etter denne praksis rammes ikke bedrifter med mindre en 250 ansatte og en omsetning på høyst 40 millioner Euro (ca. 320 millioner NOK) eller en årsbalanse på høyst 27 millioner Euro (ca. 216 millioner NOK). Flere mindre og mellomstore nettselskaper vil falle innenfor dette området og derfor muligens utenfor merkbarhetskravets anvendelsesområdet.

4.9.3 Kravet kan variere

ESA har i meddelelsen angitt markedsandeler som oppfyller vilkåret om merkbar påvirkning av konkurransen i prosent. De er delt inn i tre kategorier med andelsgrenser på 15%, 10% og 5%.

Avtaler mellom konkurrerende foretak må ikke overstige 10 % i noen av de relevante markedene selskapene opererer i jfr punkt 7 a). Prosentbrøken øker der selskaper som ikke konkurrerer inngår liknende avtaler. Grensen for det enkelte selskaps markedsandel kan da være opptil 15 % jfr punkt 7 b). Viser det seg vanskelig å klassifisere markedene er likevel grensen kun 10% jfr punkt 7 2. ledd. Etter punkt 8 senkes markedsandelsterskelene likevel til 5% for begge typer avtaler, dersom det relevante markedet begrenses av kumulative virkninger av avtaler om kjøp og salg. ESA antar at markedsandeler under 5% ikke kan bidra vesentlig til kumulativt utestengende virkninger. Grensene er likevel ikke absolutte. I punkt 9 er det unntak for

markedsandeler som overstiger henholdsvis 10%, 15% og 5% jfr punkt 7 og 8. Dersom andelene overstiger prosentgrensene med mer enn 2 prosentheter i mer enn to kalenderår på rad, vil de likevel rammes. Dette viser at grensene kan være fleksible over en periode. I noen tilfelle anser derfor ESA konkurransen for svekket først når markedsandelen har vist seg stabil på over 12%, 17% og 7% i en periode over to kalenderår.

4.9.4 Kvalitativ avgrensning

Etter EU-domstolens praksis⁹⁵ er det flere eksempler på at 5% markedsandel i fellesmarkedet har vært tilstrekkelig til å kunne påvirke handelen merkbart. Det antas i teorien⁹⁶ at dette av domstolene anses som en betydelig markedsandel i forhold til merkbarhetskravet. Det finnes også eksempler⁹⁷ der en markedsandel helt ned i 0.2 – 0.5 % har vært ansett som merkbare. Det antas likevel at dette kun omfatter svært spesielle tilfeller. I tilfeller der andeler på under 5 %⁹⁸ av markedet er kjent merkbare for konkurransen, er det tilfeller hvor selskaper har delt markedene mellom seg.

Flere momenter er trukket frem i vurderingen av om konkurransen er merkbart begrenset. Blant annet der nasjonal lovgivning skaper handelshindringer. Nettselskap har monopol på kraftlevering i en begrenset periode. Dette er en konsekvens av avfr § 2-2 jf 2-4 som vist ovenfor. Resultatet er at konkurransen begrenses.

Et annet problem er knyttet til om markedsandelen er i endring. Domstolen har for eksempel tatt hensyn at en markedsandel er stigende⁹⁹ og lagt til grunn potensiale for merkbar begrensnings av konkurransen i fremtiden. Nettselskapene vil i perioder ha en stigende kurve på markedsandelen, for eksempel dersom en kraftleverandør går konkurs. Mange sluttbrukere vil da ufrivillig gå over til leveringsplikt. Sluttbrukere som ufrivillig er på leveringsplikt, med høy ventetariff, vil oftest sikre seg en ny

⁹⁴ Vedtak nr. 112/96/COL av 11. september 1996.

⁹⁵ Blant annet Miller-saken 19/77 saml. 1978 s 131 og AEG-saken 107/82 saml. 1983 s 315.

⁹⁶ Rognstad, Ole-Andreas, "Bagatellavtaler i EFs konkurranserett", Oslo 1992 s 65.

⁹⁷ Völk-saken 5/69 saml. 1969 s 69.

⁹⁸ Rognstad, Ole-Andreas, "Bagatellavtaler i EFs konkurranserett", Oslo 1992 s 71.

⁹⁹ Service-Master-saken. Se Rognstad, Ole-Andreas, "Bagatellavtaler i EFs konkurranserett", Oslo 1992 s. 66.

leverandør for å få levert strøm til markedspris. Dette betyr at nettselskapene ikke vil oppnå langvarige stigende markedsandeler når ventetariffen er høy.

Der varen kun handles på det nasjonale markedet vil dette tale mot at konkurransen merkbart vil svekkes. Slike markeder får liten betydning for resten av EØS-området. Det norske sluttbrukermarkedet er i dag et slikt marked, selv om utenlandske aktører står fritt til å etablere seg. Et fremtidig innslag av utenlandske aktører vil føre til at markedet kan utvides for eksempel til et nordisk eller Europeisk marked.

4.9.5 Norske nettselskaper

Det er vanskelig å si eksakt hvilken markedsandel et nettselskap vil kunne oppnå på omsetning av strøm. For selskaper som eier elektrisitetsnettet i befolkningstette områder vil det teoretisk kunne oppnås store nok andeler. For eksempel har Hafslund Nett 525.000¹⁰⁰ kunder i Oslo og Akershus. En forutsetningen er likevel at store produsenter eller omsetningsselskaper går konkurs o.l. Det er derfor en større mulighet for at historien gjentar seg når det gjelder de mindre "trading" selskapene. I disse selskapene utgjør den daglige driften en stor risiko for å tape store beløp i konkurransen om strømkundene. Resultatet kan da igjen bli at markedet blir for kapitalkrevende slik at driften blir umulig å fortsette. I begge tilfeller kan sluttbrukerne som rammes være lokalisert over hele landet. Det er derfor først når store grupper av sluttbrukere er tilknyttet det samme nettselskapet at muligheten for en høy nok markedsandel i forhold til merkbarhetskravet er til stede. Scenarioet er derfor mindre sannsynlig, samtidig som leveringsplikten uansett er av en midlertidig karakter. Det kan nevnes at Hafslund Nett overtok i desember 2002 om lag 11.000 kunder fra Kraft Kompaniet Vest AS og ArticEntel Energy AS. Totalt utgjorde dette langt fra 5 % av kundene på det norske sluttbrukermarkedet.

4.10 Sammenfatning

Etter en konkret vurdering omfatter det relevante produktmarkedet kontraktskunder og standardkunder. Den geografiske avgrensningen er i utgangspunktet Norge. Dette er likt etter begge bestemmelsene.

Nettselskapene har en dominerende stilling overfor sine nettkunder ved omsetning av kraft på leveringsplikt. Dersom prisen på ventetariff er vesentlig høyere enn det som kan oppnås ellers i markedet er dette en utilbørlig utnyttelse av dominerende stilling etter EØS art. 54. Vurderingen vil være den samme etter konkurranseloven § 11 .

Samhandelskriteriet gjelder kun i tilknytning til EØS art. 54 og ikke i forhold til konkurranseloven § 11. Etter kommisjonens avgrensing av samhandelskriteriet vil nettselskaper kunne oppfylle handelskriteriet i art. 54 dersom selskapene driver en form for grenseoverskridende handel med en annen medlemsstat. Etter EU-domstolens praksis skal det lite til før en konkurransebegrensning påvirker samhandelen. Det vil være nok at den påvirkes direkte, indirekte, faktisk eller potensielt for at vilkåret er oppfylt. Norske aktører er representert på det svenske sluttbrukermarkedet, svenske aktører er representert på det norske sluttbrukermarkedet og handelen påvirkes også av grossistmarkedet som er nordisk. Handelen i det norske sluttbrukermarkedet vil derfor kunne påvirke samhandelen mellom Norge og Sverige. Flere norske leverandører har i tillegg utenlandske eiere. Fortum eier tidligere Østfold Energi AS med 100% av aksjene og Hafslund ASA med 34,1 %. Der utenlandske selskaper har kontroll med norske aktører i sluttbrukermarkedet, operer selskaper fra andre EØS-stater i samme marked som nettselskapene. De norske nettselskapene vil derfor kunne påvirke samhandelen. Alt i alt betyr det at nettselskapene risikerer å komme i konflikt med kriteriet om begrensning i handelen mellom EØS- landene.

De små nettselskapene vil likevel falle utenfor bagatellmeddelsens avgrensing av merkbar påvirkning på konkurransen i både omsetning og årsbalanse. De store selskapene vil derimot være innenfor. Den samlede gruppen aktuelle sluttbrukere vil sannsynligvis likevel uansett være for liten og for varierende til at denne merkbart påvirker samhandelen og konkurransen. Problemet er at nettselskapenes markedsandel i sluttbrukermarkedet sjelden vil kunne overstige 5%. Det er derfor liten sannsynlighet at nettselskapene vil rammes av merkbarhetskravet, og dermed ikke av EØS art. 54 i det hele tatt.

¹⁰⁰ www.hafslund.no.

Det samme vil være tilfelle etter konkurranseloven § 11, også etter denne bestemmelsen vil sjelden nettselskapet rammes på grunn av at konkurransepåvirkningen ikke er merkbar nok for konkurransen. Bestemmelsene vil likevel kunne begrense en høy pris for leveringspliktig kraft. Det gjelder for de tilfellene der nettselskap overtar leveringsforpliktelsene for en gruppe sluttbrukere som til sammen utgjør over 5% av det samlede sluttbrukermarkedet.

5 **Pristiltaksloven § 2**

5.1 Innledning

Pristiltaksloven (pristl) § 2 1.ledd er en videreføring av den tidligere prisloven § 18 fra 1953. Formålet til pristl § 2 er rene forbrukerhensyn¹⁰¹. Prisloven § 18 hadde derimot et mye videre formål¹⁰². Bestemmelsen skulle sikre en samfunnsmessig akseptabel prisutvikling, hindre utdeling av for høye utbytter i selskaper og sikre mot usunne konkurranse- og omsetningsforhold etter lovens § 1.

Spørsmålet er om forbudet mot urimelige priser er en begrensning for en høy ventetariff som følge av leveringsplikten etter enl § 3 -3. Spørsmålet er om pristl § 2 setter en grense for hvilken pris nettselskap kan ta for kraft på leveringsplikt. Pristiltaksloven (pristl) av 11. juni 1993 nr. 66 § 2 regulerer forbud mot å *”ta, kreve eller avtale priser som er urimelige”*. Dette er en generell regel, i motsetning til den nye konkurranselovens § 11 gjelder pristl § 2 også der et selskap ikke har en dominerende stilling.

Brudd på pristl § 2 er straffbart etter pristl § 4 og kan anmeldes til politiet. Konkurransetilsynet vil etter loven vurdere om pristilfeller er urimelige og om de skal anmeldes. Urimelig høye priser kan anmeldes og merprisen kreves tilbakebetalt av den som har betalt for mye jfr pristl § 6. Merprisen kan i tillegg inndras etter pristl § 5, dette selv om forholdet ikke kan medføre straffeansvar.

¹⁰¹ Ot. prp. pkt. 6.4.4 s 68.

¹⁰² Hov, Jo, Avtaleslutning og ugyldighet s. 215, 3. utg Oslo 2002.

5.2 Forholdet til avtaleloven § 3

Etter at avtaleloven (avt) § 36 trådte i kraft har det vært diskutert hvorvidt anvendelsesområdet for prisl § 2 er omfattet av avt § 36 eller ikke. Dette har høyesterett tatt stilling til blant annet i Rt 1996 s 407. Saken gjaldt et krav fra kjøper av en obligasjonsleilighet om tilbakebetaling av en del av kjøpesummen i medhold av prisloven av 1953 § 18, jf § 59. Saksøkeren fikk ikke medhold. Høyesterett uttalte seg prinsipielt om forholdet mellom prisloven § 18, pristiltaksloven § 2 og avtaleloven § 36. Høyesterett la til grunn at prisloven § 18 og pristiltaksloven § 2 ikke er avløst av avtaleloven § 36.

5.3 Avtalebasert vederlag

Det er forbudt å "*ta, kreve eller avtale*" urimelige priser etter prisl § 2. Utgangspunktet er at bestemmelsen får anvendelse på avtalebaserte vederlag. Spørsmålet er om kraft på leveringsplikt er avtalebasert.

Forholdet mellom nettselskap og sluttbruker på leveringsplikt reguleres av enl § 3-3. Nettselskapet har kontraheringsplikt som en følge av loven. Plikten kan som tidligere vist oppstå på flere måter, og opphører ikke før tidligst etter 3-4 uker som en konsekvens av koordineringsreglene i avregningsforskriftene.

Standard nettleieavtale inngått mellom Energibedriftenes landsforening og Forbrukerrådet § 1 bestemmer at dersom gyldig kraftleveringsavtale ikke foreligger anses forbrukeren å ha godtatt og tiltrådt nettselskapets vilkår for levering av kraft i samsvar med reglene om leveringsplikt.

Formålet bak bestemmelsen er å verne forbrukere mot urimelig høye priser. Det er også antatt¹⁰³ at prisl § 2, selv om dens anvendelsesområdet kan være avgrenset av f.eks avt § 36, nettopp vil bli brukt der det ene og alene er snakk om høye priser. Et annet sterkt moment for at prisl § 2 skal få anvendelse er nettselskapets monopol. I tillegg kommer at levering av strøm må anses å ha en stor velferdsmessig betydning. Det er i andre

¹⁰³ Hov, Jo, Avtaleslutning og ugyldighet s. 223 jf Rt 1996 s 407.

tilfeller antatt¹⁰⁴ at offentlige monopolytelser med velferdsmessig betydning, som for eksempel tildeling av sykehjemsplasser, vil kunne rammes av prisl § 2. Forbrukeren har i slike tilfeller ingen egentlige valg. Det samme er tilfelle ved kjøp av strøm fra netteier, sluttbruker må da akseptere den prisen som kreves. I et moderne samfunn må det regnes som en nødvendighet med tilgang til strøm. De fleste husholdninger er avhengige av at det er tilgjengelig strøm i husstanden til enhver tid. Spesielt strøm til oppvarming, lys og muligheter for matlaging er vesentlig for de fleste.

5.4 Urimelige priser

For å kunne fastslå om en pris er urimelig, er utgangspunktet hvilken pris som vil være rimelig. Der markedet fungerer har Høyesterett¹⁰⁵ ved flere anledninger lagt til grunn at utgangspunktet er markedspris. Kraftmarkedet er et fungerende marked, og utgangspunktet er derfor prisen i kraftmarkedet. For en husholdningskunde vil utgangspunktet være standard variabel kraftpris¹⁰⁶.

Urimelighetsvurderingen er objektiv¹⁰⁷. Det som skal vurderes er om det foreligger et tilstrekkelig stort avvik fra en rimelig pris. Etter prislovens § 18¹⁰⁸ måtte det foreligge *”et klart og ikke ubetydelig avvik fra det rimelige”*. Dette er antatt å gjelde også for prisl § 2¹⁰⁹. Det er likevel antatt¹¹⁰ at nettopp fordi bestemmelsen har til formål å beskytte forbrukerinteresser vil den kunne anvendes selv om prisen ikke vesentlig overstiger en gitt markedspris.

5.5 Eksempel Hafslund Nett

Saken mellom Hafslund Nett (Hafslund) og sluttbrukerne på leveringsplikt kan her benyttes som et illustrerende eksempel.

¹⁰⁴ Hov, Jo, Avtaleslutning og ugyldighet s. 218 3. utg. Oslo 2002.

¹⁰⁵ Rt 1984 s 1203, Rt 1989 s 750 og Rt 1996 s 407.

¹⁰⁶ 1. kvartal 2003 utgjorde standard variabel kraftpris 85% av omsatt volum til husholdningene.

¹⁰⁷ Hov, Jo, Avtaleslutning og ugyldighet, s 218, 3 utg Oslo 2002.

¹⁰⁸ Innst. O. II 1953 s 118 og Rt 1979 s 254.

¹⁰⁹ Hov, Jo, Avtaleslutning og ugyldighet s. 218, 3. utg Oslo 2002.

¹¹⁰ Woxholt, Geir, Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning 4 utg Oslo 2001 s 349.

Den 23. desember 2002 kostet kraft på leveringsplikt fra Hafslund 139,6¹¹¹ øre/KWh. Gjennomsnittlig standard variabel kraftpris¹¹² i markedet, beregnet for samtlige leverandører, var i ukene 51¹¹³ og 52¹¹⁴ 2002, henholdsvis 52,97 og 62,46 øre/KWh.

Spørsmålet er om Hafslunds pris var *”et klart og ikke ubetydelig avvik fra det rimelige”*. Dersom beregnet gjennomsnittlig markedspris for uke 52 i 2002 legges til grunn, er utgangspunktet for urimelighetsvurderingen en pris på 62,46 øre/KWh. Avviket mellom Hafslunds pris og markedspris utgjør da 77,14 øre/KWh. Omregnet i prosent er Hafslunds pris 123,5 %¹¹⁵ høyere enn gjennomsnittlig markedspris for denne uken.

Elspotmarkedet på Nordpool var i den samme perioden også vesentlig lavere enn Hafslunds pris ut til sluttbrukerne. Spotprisen på Nord Pool Spot AS var for 1 KWh den 23. desember 2002 78,3¹¹⁶ øre/KWh. Et alminnelig påslag for salg til sluttbruker var omkring 2,5¹¹⁷ øre/KWh. Prisen Hafslund krevde for å kompensere for sine utgifter var 61,3 øre/KWh over spot-prisen, omregnet til 78,3 %. Dette er et moment som taler for at prisen var for høy på dette tidspunktet.

I vurderingen skal det legges vekt på at leveringsplikten er en plikt Hafslund er pålagt. Hafslund Nett omsetter i utgangspunktet ikke elektrisk kraft for salg og ekstrakostnadene ved pliktleveringene var derfor uansett med på å gjøre prisen høyere enn standard variabel kraftpris omsatt i markedet på samme tidspunkt. Det ble anført av konkurransetilsynet som et moment at kraft levert på pliktbasis gjør det vanskelig å omsette kraften på en hensiktsmessig måte. Prisen kommer av den grunn ikke helt ned mot markedsprisenivå. Dette taler for at Hafslund kunne ta en høyere pris ved pliktleveringer enn markedsprisen.

¹¹¹ Montel powernews 17.02.02.

¹¹² Hoveddelen av sluttbrukerne hadde 1. kvartal 2003 standar variabel kraftprisen (mellom 80-90%), se ”Samarbeid om tilsyn med kraftmarkedet – anbefalinger om fremtidig samarbeid mellom Konkurransetilsynet, Kredittilsynet og NVE” pkt 2.3 s. 9.

¹¹³ Montel powernews 17.02.02. Gjennomsnittsprisen er beregnet ut fra konkurransetilsynets liste over samtlige 106 leverandører i 2002 og 105 leverandører i uke 1 2003. Beregningen er foretatt blant leverandører som tilbyr standard variabel kraftpris.

¹¹⁴ Op cit.

¹¹⁵ Gjennomsnittelig markedspris (62,46øre/KWh) x 100 / Hafslunds pris (139,6øre/KWh).

¹¹⁶ Spotprisen tillagt elavgiften på 9.5øre og 24% mva.

Det som ellers var spesielt med pliktleveringen var at Hafslund hadde monopol. På grunn av koordineringsreglene i avregningsforskriften §2-2 kunne Hafslund opprettholde prisen i minimum 3-4 uker. Sluttbrukerne hadde dermed ingen anledning til å skaffe seg leveringer til markedspris. I et moderne samfunn er strøm helt nødvendig, det kan derfor ikke forventes at sluttbrukere kan avstå fra å få levert over en periode på 3-4 uker. Når det ikke var et reelt valg var det et sterkt argument for at den høye pris var urimelig.

Formålet til pristiltaksloven § 2 bygger på et forbrukerhensyn. Dette er et sterkt argument for at pristl § 2 skulle få anvendelse på dette tilfellet. Selv når prisen ikke vesentlig overstiger markedspris er det antatt at bestemmelsen kan få slik anvendelse.

5.6 Uttalelse fra konkurransetilsynet

Konkurransetilsynet har uttalt¹¹⁸ seg til forbrukerrådet om pristl § 2 ”*vedrørende pris på kraft levert ved pliktlevering*”. Henvendelsen gjaldt Hafslund Nett og forholdet til sluttbrukere på leveringsplikt. Etter konkursen i Kraftkompaniet Vest AS og Articentel Energy fikk sluttbrukerne levert strøm til en høy ventetariff fra Hafslund Nett.

Konkurransetilsynet uttaler om forholdet mellom markedspris og urimelig pris at :
”[m]ed urimelig pris menes en pris som vesentlig overstiger markedsprisen. At prisen er høy er ikke tilstrekkelig”. Særskilt for pliktlevering av kraft legger tilsynet vekt på at
”[e]ttersom netteiers virksomhet ikke primært går ut på å levere elektrisk kraft, synes det hensiktsmessig at prisen på energi levert av netteier er høyere enn prisen ved levering på alminnelig måte. Prisen på pliktlevering bør ta høyde for både de kostnader netteier pådrar seg ved leveringen, og at leveringen skjer på pliktbasis, slik at netteier ikke har mulighet til å vurdere hensiktsmessigheten av å levere kraft til abonnenten. Ved at prisen på pliktlevering er høyere enn prisen på levering på vanlig måte, unngås det at netteiers leveringsplikt blir mer tyngende enn nødvendig fordi abonnenter avstår å velge en kraftleverandør. Høy pris på pliktleveringer er i denne sammenheng et incentiv for abonnentene til å motta levering fra en annen kraftleverandør”.

¹¹⁷ www.konkurransetilsynet.no.

Tilsynet tok ikke stilling til den konkrete henvendelsen fra Forbrukerrådet. Blant annet fordi NVE allerede hadde tatt kontakt med nettselskapene å bedt dem vise smidighet overfor kunder som ufrivillig mottar kraft fra netteier. Det ble også lagt til grunn at aktørene selv hadde tilpasset sin praksis etter sterkt press fra kunder, media og forbrukermyndigheter og at en tilsvarende situasjon dermed ikke ville oppstå igjen. Samtidig var de høye strømprisene allerede anmeldt til politiet av interesseorganisasjonen Strømforbrukerne.

5.7 Sammenfatning

Selv om Konkurransetilsynets praksis er begrenset, og det faktum at de ikke grep inn overfor blant annet Hafslund Nett høsten 2002, taler flere momenter for at pristl § 2 rammer pliktleveringer med høy ventetariff. Nettselskapet er monopolist på kraftleveringer som følge av leveringsplikten, slik at kunden ikke kan velge en annen leverandør til foryning av strøm. Strøm må i dagens moderne samfunn anses som et helt nødvendig velferdsgode sluttbrukerne ikke kan være foruten. Loven skal spesielt verne forbrukerne mot urimelig høye priser og den bør derfor få anvendelse på pliktleveringene.

6 De lege ferenda

Olje- og energidepartementet har i St. meld nr 18 (2003-2004) foreslått å forbedre forbrukernes stilling i kraftmarkedet. Forslagene går blant annet ut på å redusere fristen for levereandørskifte fra 3-4 til 2 uker. Dette skal sikre at sluttbrukerne får mulighet til å skifte leverandør før varsel om prisendring får virkning. På standard variabel pris varsles prisendringene 2 uker de trer i kraft. Departementet går inn for å fremme forslag til endringer i energiloven som kan gi myndighetene mulighet til å prisregulere pliktleveringer. Foreløpig er det ikke fremmet konkrete forslag i forhold til dette.

¹¹⁸ Konkurransetilsynets brev av 11. april 2003 til forbrukerrådet.

I vedlegg 1 til NOU 2004:4 (2003-2004) gir departementet en foreløpig vurdering av eldirektiv II. Det understrekes at vurderingene ikke bindene. Etter OEDs vurdering krever ikke direktivets art. 3 nr. 3 endringer i de norske reglene. Det vises blant annet til forslagene i St.meld nr. 18 (2003-2004).

7 Avslutning

Energiloven § 3-3 gir ingen hjemmel for prisbegrening av ventetariffen. Etter dagens rettstilstand er det pristiltaksloven § 2 om forbudet mot urimelige priser som er den eneste reelle begrensning for prisen på pliktleveringer.

EØS art. 54 vil som hovedregel ikke sette begrensning på prisen for ventetariff. Nettselskapenes kraftomsetning kan rammes av forbudet om utnyttelse av en dominerende stilling og brudd på handelen mellom EØS - statene. Det skal likevel en del til før pliktleveringene merkbart kan påvirke samhandelen og konkurransen.

Den nye konkurranseloven § 11 vil heller ikke i utgangspunktet begrense en høy ventetariff. Loven trer i kraft 1. mai 2004 og § 11 setter et forbud mot misbruk av dominerende stilling. I forhold til EØS art. 54 rammer bestemmelsen kun konkurransen i Norge. Kravet til merkbar påvirkning av konkurransen gjør at pliktleveringen i liten grad vil rammes av bestemmelsen.

Når det gjelder eldirektiv I begrenser ikke dette direktivet prisen på kraft levert som følge av leveringsplikten.

Eldirektiv II vil innebære en begrensning i nettselskapenes fastsettelse av pris for leveringspliktige leveranser etter enl § 3-3. I tilfelle hvor nettselskapets kostpris for en forsyningspliktig leveranse ligger under markedsprisen, kan man ikke overstige denne. I tilfelle hvor nettselskapets kostnader ikke dekkes av markedsprisen, vil disse i utgangspunktet også kunne kreves dekket. Siden nettselskapenes kostnadsnivå ved leveringspliktige leveranser må antas å være høyere enn hos ordinære kraftleverandører, kan det reises spørsmål om ordningen etter energiloven § 3-3 i seg selv kommer i strid med eldirektivet. I art. 3 nr. 5 presiseres det at medlemstatene skal treffe ”passende foranstaltninger” for å beskytte sluttkundene, samtidig som det fremheves at medlemstatene må sikre et høy grad av forbrukerbeskyttelse jfr pkt 3.3.2.3 ovenfor. På

denne bakgrunn kan det reises spørsmål om ordningen med nettselskapenes leveringsplikt må revurderes.

8 Litteraturliste

Hammer, Ulf : Tilretteleggingen av kraftmarkedet, 1999.

Hammer, Ulf : Vassdrag og energirett, 2002.

Hammer, Ulf: IUSEF nr. 35 To EØS-rettslige studier fra kraftmarkedet 2000

Sejersted, Fredrik m. fl : EØS-rett 1995 og 2003

Kolstad, Olav: Lov og rett 1996 s 411 – 434. Samhandelskriteriet i EØS-avtalens artikkel 53 og 54.

Rognstad, Ole-Andreas: Bagatellavtaler i EFs konkurranserett 1992.

EU Karnov 2001.

Hamilcar P.A Knops ”Securing dutch electricity supply: towards a supplier of last resort” 2003.

Hov, Jo: Avtaleslutning og ugyldighet

Woxholt, Geir: Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning